DER ENTSCHULDIGENDE NOTSTAND

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt
von

SILVIA PEÑA–WASAFF
aus Copiapó (Chile)

1979

DER ENTSCHULDIGENDE NOTSTAND

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

UNIV. ALBERTO HURT.

vorgelegt
von

SILVIA PEÑA–WASAFF
aus Copiapó (Chile)

1979

Dekan: Prof. Dr. Hans v. Mangoldt
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Theodor Lenckner
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Jürgen Baumann

Tag der mündlichen Prüfung: 17.7. 1979

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Gedruckt mit Unterstützung des Deutschen
Akademischen Austauschdienst

VORWORT

Die Wahl des entschuldigenden Notstands als Thema der vorliegenden Dissertation könnte, angesichts der umfangreichen Literatur über dieses Thema, erstaunlich und sogar unglücklich erscheinen. Das kann bei einer Betrachtungsweise, die nur die Lage der deutschen Dogmatik vor Augen hat, durchaus richtig sein, weniger aber, wenn man mitberücksichtigt, daß diese Arbeit einen Beitrag für die chilenische Strafrechtsdogmatik darstellen soll. Denn das Interesse für dieses Thema im Rahmen der chilenischen Strafrechtswissenschaft ergibt sich aus dem Umstand, daß das chilenische Strafgesetzbuch keine Regelung dieses Instituts enthält. Da sich die Strafrechtsdogmatik in Chile bis vor etwa 30 Jahren fast ausschließlich auf eine exegetische Auslegung der Vorschriften des StGB beschränkte, haben weder die Dogmatik noch die Rechtsprechung die Frage des entschuldigenden Notstands erörtert. Die wenigen Lehrbücher, die ihm ein paar Worte widmen, begnügen sich mit der Feststellung, daß er ein Entschuldigungsgrund ist, der aus dem Gedanken der Zumutbarkeit abzuleiten sei.

Deswegen war es notwendig, die Gesamtproblematik dieses Instituts anhand einer viel weiter fortgeschrittenen Strafrechtsdogmatik, wie der deutschen, darzustellen, auch wenn dies für Deutschland selbst von viel geringerem Interesse ist. Letzteres wurde dadurch ausgeglichen, daß, vor allem bei der Behandlung der Notstandsvoraussetzungen, außerdeutsche Rechtsordnungen berücksichtigt werden.

Die Wahl dieses Themas läßt sich aber auch damit begründen, daß es mir dadurch möglich wurde, einen Überblick über die Entwicklung der deutschen Dogmatik in bezug auf die Entschuldigungsgründe und darüber hinaus auf den Schuldbegriff zu gewinnen. Das ist insofern wichtig, als die Erweiterung meiner Kenntnisse über ein so schwerwiegendes Verbrechenselement wie die Schuld, zur Klärung und Überarbeitung vieler Fragen, die auf diesem Gebiet im chilenischen Recht auftauchen, beitragen kann. Dies wäre durch die Wahl eines sehr spezialisierten und beschränkten Themas, sei es aus der deutschen Sicht noch so wünschenswert, nicht möglich gewesen, und infolgedessen hätten ich und mein Land von meinem Aufenthalt in Deutschland und der sich daraus ergebenden einmaligen Möglichkeit, mit Hilfe eines so reichen bibliographischen Materials zu arbeiten, sehr wenig profitiert. Da das Hauptziel dieser Dissertation die dogmatische Vorbereitung eines Vorschlags für die gesetzliche Regelung des entschuldigenden Notstands im chilenischen Strafrecht war, war es auch nicht notwendig, auf alle Probleme des §35 bis ins letzte Detail einzugehen.

Zur Konzeption der Arbeit ist folgendes vorauszuschicken: Die Erwähnung außerdeutscher Regelungen des entschuldigenden Notstands erfolgt anschließend an die Kommentierung der jeweiligen von §35 aufgeworfenen Probleme. Diese Methode soll unnötige Wiederholungen vermeiden und außerdem ein breiteres Bild über das zu untersuchende Institut bieten. Letzteres ist wiederum für Chile besonders wichtig, denn es wäre wenig gewonnen, wenn man lediglich das deutsche Mo-

dell für die Positivierung des entschuldigenden Notstands im chilenischen Recht vor Augen hätte. Für die Auswahl der ausländischen Rechtsordnungen waren folgende Kriterien maßgebend: erstens, Länder, die zum Gebiet des kontinentaleuropäischen Rechtssystems gehören; zweitens, Länder, bei denen in neuerer Zeit eine Strafrechtsreform stattgefunden hat, und drittens, Länder, die sich in die spanische Rechtstradition einfügen.

Die Problematik des entschuldigenden Notstands im chilenischen Strafrecht wird in einem eigenen Kapitel (dem vierten) behandelt. Dies hat sich deshalb als zweckmäßig erwiesen, weil das chilenische StGB eine Regelung des entschuldigenden Notstands nicht enthält und dort insofern eine besondere Situation besteht. Aber auch davon abgesehen verdient das chilenische Recht schon deshalb eine besondere Hervorhebung, weil die ganze Untersuchung als eine Vorbereitung für eine mögliche Lösung des entschuldigenden Notstands im chilenischen Recht gedacht ist, und somit notwendigerweise in das chilenische Recht münden muß.

An dieser Stelle möchte ich noch meinen Dank zum Ausdruck bringen, zu dem ich mich gegenüber den beiden Hochschullehrern verpflichtet fühle, die mich während der Promotion betreut haben, nämlich Herrn Prof. Dr. Jürgen Baumann und Herrn Prof. Dr. Theodor Lenckner.

Herrn Professor Baumann danke ich für die Annahme als Doktorandin an der Tübinger Universität und für seine anfängliche Hilfe.

Mein Dank gilt aber ganz besonders meinem endgültigen Doktorvater, Herrn Professor Lenckner, für seine freundliche und geduldige Betreuung sowie für die konstruktive Kritik und Anregung zur Arbeit.

Zuletzt aber nicht weniger danke ich dem Deutschen Akademischen Austauschdienst für die großzügige finanzielle Hilfe, ohne die die vorliegende Doktorarbeit nicht möglich gewesen wäre.

Tübingen, Mai 1979

SILVIA PEÑA-WASAFF

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Vorwort II

Inhaltsverzeichnis VI

EINFÜHRUNG

1. Allgemeines 1
2. Der Notstand im Strafrecht 3
3. Notstandstheorien 5
4. Bedeutung der Differenzierung 11
   a) in bezug auf das Notwehrrecht 12
   b) in bezug auf die Teilnahme 14
   c) in bezug auf die Behandlung des Irrtums 18

ERSTES KAPITEL

DER ENTSCHULDIGENDE NOTSTAND IN DER DOGMATIK

1. Definition und Abgrenzung des entschuldigenden Notstands 21
   a) Terminologie 21
   b) Abgrenzung 24
2. Die doppelte Begründung der Straflosigkeit des entschuldigenden Notstands 28
   a) Die Unzumutbarkeit eines normgemäßen Verhaltens. 28
      aa) Entstehung des Zumutbarkeitsgedankens..... 28
         α) Frank 31
         β) Goldschmidt 33
         γ) Freudenthal 39
         δ) Eb. Schmidt und Mezger 44
      bb) Kritische Betrachtung dieser Lehre 47
      cc) Der heutige Stand der Unzumutbarkeitslehre . 59
   b) Die Unrechtsminderung 67

Seite

ZWEITES KAPITEL

DIE NOTSTANDSREGELUNG

A) Anwendungsbereich
1. Die beim entschuldigenden Notstand kollidierenden Güter 72
a) Notstandsfähige Rechtsgüter 72
b) Das durch die Tat verletzte Rechtsgut 80
Auslandsrecht 84
2. Der betroffene Personenkreis 88
Auslandsrecht 95
B) Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands
1. Die Notstandslage 97
a) Das Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr 97
aa) Gefahrbegriff 97
bb) Gegenwärtigkeit der Gefahr 102
cc) Erheblichkeit der Gefahr 104
b) Ursprung der Gefahr 105
Auslandsrecht 106
c) Die Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr ... 108
2. Die Notstandshandlung
a) Die Erforderlichkeit der Notstandshandlung .. 110
Auslandsrecht 116
b) Der Rettungszweck 118
Auslandsrecht 120
3. Einschränkung des entschuldigenden Notstands durch die Zumutbarkeitsklausel 120
a) Verursachung oder Verschulden der Gefahr bzw. der Kollisionslage 125
Auslandsrecht 132
b) Erhöhte Gefahrtragungspflicht aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses 133
c) Sonstige Gefahrtragungspflichten 137
Auslandsrecht 140
d) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 140
Auslandsrecht 147
4. Der Irrtum über die Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands 149

Seite

DRITTES KAPITEL

DER ÜBERGESETZLICHE ENTSCHULDIGUNGSNOTSTAND

1. Ausnahmecharakter des entschuldigenden Notstands .. 155
2. Der Begriff der Pflichtenkollision 158
3. Richtlinien zur Lösung der Pflichtenkollision
   a) Der absolute Charakter des menschlichen Lebens . 160
   b) Das Verbot des "Schicksal spielen" 163
   c) Die Gewissensnot 164
4. Die verschiedenen Fälle der Pflichtenkollision 165
   a) Die Fälle der Gefahrengemeinschaft 165
      aa) Gefahrengemeinschaft, bei der die Opfer vom Schicksal selbst gezeichnet werden 166
      bb) Gefahrengemeinschaft, bei der die Wahl der Opfer vom Täter getroffen werden muß 169
   b) Ablenkung der Gefahr von einer Gruppe auf eine andere unbeteiligte Gruppe 175
   c) Sonderprobleme der Pflichtenkollision
      aa) Verstoß gegen eine Strafrechtsnorm aufgrund eines Gewissensentscheids 178
      bb) Sterbehilfe 183

VIERTES KAPITEL

DER ENTSCHULDIGENDE NOTSTAND IM CHILENISCHEN STRAFRECHT

1. Einführung in die Problematik des strafrechtlichen Notstands im chilenischen StGB 188
2. Dogmatische Vorschläge zur Lösung des Notstandsproblems 191
   a) Der allgemeine Entschuldigungsgrund der Unzumutbarkeit 191
   b) Berufung auf die "unwiderstehliche Gewalt" 193
   c) Die unüberwindliche Furcht 196
3. Der entschuldigende Notstand in den Gesetzesentwürfen 201
4. Vorschlag einer gesetzlichen Regelung des entschuldigenden Notstands 204

Seite

Appendix 205

Literaturverzeichnis 212

EINFÜHRUNG

1. Allgemeines

Es gibt wenige Rechtsfiguren, die eine so große Bedeutung in allen Rechtsgebieten haben, wie der Notstand. Beweis dafür ist die umfangreiche Literatur, die ihn unter verschiedenen Aspekten betrachtet. Denn der Notstand ist nicht nur ein strafrechtlicher Begriff, vielmehr handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsbegriff, dessen Grundlage die Kollision zweier Rechtsgüter ist, von denen nur das eine geschützt werden kann. Im weiteren Sinn ist unter Notstand die Verletzung eines Rechtsgutes zu verstehen, wenn sie das einzige Mittel ist, ein anderes Rechtsgut vor einer unmittelbaren Gefahr zu retten, das sonst völlig vernichtet oder zumindest erheblichen Schaden erleiden würde. Kürzer definiert Maurach den Notstand in weiterem Sinn als einen "Zustand gegenwärtiger Gefahr für berechtigter Interessen, der sich nur durch Verletzung berechtigter Interessen eines anderen abwenden läßt" (1).

Solche Konflikte können in jedem Rechtsgebiet entstehen, sei es im öffentlichen oder im privaten Recht. Im Verfassungsrecht beruhen z. B. sowohl

---

1) Vgl. Maurach-Zipf, 5. Aufl. 1977, S. 393. Diese ist praktisch die gleiche Definition, die schon früher von Hippel formuliert hatte (vgl. Deutsches Strafrecht, Bd. II, Berlin, 1930, S. 215)

der sogenannte Gesetzgebungsnotstand als auch der Staatsnotstand auf einer Notstandssituation. Gemäß dem Gesetzgebungsnotstand können aufgrund eines Ausnahmezustandes Gesetze verabschiedet werden, ohne daß die verfassungsmäßigen formellen Bedingungen erfüllt sind (Art. 81 GG). Nach dem Staatsnotstand können die individuellen Grundrechte eingeschränkt oder außer Kraft gesetzt werden, wenn die Erhaltung des Rechtsstaates es erforderlich macht.

Als weiterer Fall des Notstandes im öffentlichen Recht ist der polizeiliche Notstand zu nennen (§9 PolG von Baden-Württemberg). Ähnliche Gebote sind auch auf dem Gebiet des Verkehrsrechts zu finden, wie z.B. §28 LuftVG. Im privaten Recht sind die zivilrechtlichen Notstandsfälle der §§228 und 904 BGB (defensiver und aggressiver Notstand) zu erwähnen. Ferner beruhen §67 PersonenstandG und §700 HGB auf einer Notlage.

Dies sind nur einige der vielen Erscheinungsformen des Notstandes, die zeigen sollen, daß das Spannungsfeld dieser Rechtsfigur weit über die Grenzen des Strafrechts hinaus reicht (2). Auf diesem Gebiet weiter zu forschen, würde zu weit vom Thema wegführen, das sich lediglich auf den strafrechtlichen Notstand beziehen soll.

---

2) Vgl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 7 und Maurach-Zipf, a.a.O.

2. Der Notstand im Strafrecht

Wie schon gesagt wurde, stellt der Notstand eine Rechtsgüterkollision dar, die zu dem Verlust eines Rechtsgutes, vielleicht sogar beider, führen würde, falls man den Dingen ihren freien Lauf ließe. Es ist deshalb erforderlich, in eines der beiden Rechtsgüter einzugreifen, um dadurch das andere zu retten.

Wenn man diesen Gedanken in Zusammenhang mit der Natur des Strafrechts bringt, dessen besondere Aufgabe gerade darin besteht, den lebenswichtigen Gütern des Individuums und der Allgemeinheit den höchsten rechtlichen Schutz zu verleihen, wird deutlich, daß der strafrechtliche Notstand keine einfachen Probleme aufwirft.

Von einem strafrechtlichen Notstand kann nur dann die Rede sein, wenn die für die Rettung erforderliche Handlung einen Deliktstatbestand erfüllt. Trotz ihres verbrecherischen Charakters ist die Tat aber straflos, denn sie führt zum Ergebnis, daß ein rechtlich geschütztes Gut erhalten bleibt. Die Gründe der Straflosigkeit des Notstandes erlauben keine einheitliche Behandlung, da unter diesem Oberbegriff verschiedene Sachverhalte zu verstehen sind, die eine unterschiedliche dogmatische Betrachtung notwendig machen.

Übereinstimmend mit der doppelten Bewertung der tatbestandsmäßigen Handlung - überwiegend objektiv beim Unrechtsurteil, vornehmlich subjektiv dagegen beim Schuldurteil - unterscheidet die h. M. zwischen einem rechtfertigenden und einem entschuldigenden

Notstand. Ein rechtfertigender Notstand liegt vor, wenn bei Abwägung der kollidierenden Interessen das geschützte Interesse das verletzte wesentlich überwiegt, und die Tat ein angemessenes Mittel für die Gefahrabwendung darstellt. Das ist z. B. der Fall, wenn ein Diebstahl begangen wird, um ein Menschenleben zu retten. Ein entschuldigender Notstand ist dagegen dann gegeben, wenn bei Gefährdung bestimmter Rechtsgüter - Leben, Leib oder Freiheit - des Täters selbst oder einer ihm nahestehenden Person, zur Gefahrabwednung ein gleichwertiges oder gar höheres Interesse verletzt wird. Das gilt soweit diese Verletzung für die Rettung erforderlich ist und nach den Umständen dem Täter ein anderes Verhalten nicht zugemutet werden kann. Als klassisches Beispiel für den entschuldigenden Notstand ist der Fall der beiden Schiffsbrüchigen zu erwähnen, die um eine Planke kämpfen, die beide nicht tragen kann. Wenn der eine den anderen ins Wasser stößt, um sich selbst zu retten, so handelt er in entschuldigendem Notstand.

Diese in groben Zügen skizzierte unterschiedliche Betrachtungsweise gilt heute, mit wenigen Ausnahmen, als selbstverständlich (3). Daß es nicht immer so gewesen ist, zeigen die zahlreichen Lehrmeinungen über das Wesen dieser Rechtsfigur, die im nächsten Abschnitt behandelt werden.

---

3) Diese doppelte Betrachtung der Notstandsproblematik einerseits als Rechtfertigungs- und andererseits als Entschuldigungsgrund bezeichnet man überwiegend als "Differenzierungstheorie". Diese Bezeichnung ist aber nicht sehr genau, denn, wie im Text bald gezeigt wird, gibt es auch Auffassungen, die innerhalb des Notstandes zwischen einem rechtmäßigen und einem unverbotenen unterscheiden, die aber nicht zur Differenzierungstheorie in dem oben erwähnten Sinn gehören.

3. Notstandstheorien

Es ist nicht einfach, die verschiedenen Auffassungen des Notstandes (4) in ein System zu bringen, denn sie gehen von ganz unterschiedlichen Ausgangspunkten aus und weichen deshalb nicht wenig voneinander ab.

Im älteren Schrifttum findet man Auffassungen, die eine einheitliche Erklärung des Notstandes, teils auf einer objektiven, teils auf einer subjektiven Grundlage, versuchen. Die letztere Auffassung vertritt M.E. Mayer, der den Notstand immer als Entschuldigungsgrund ansieht (5). Zahlreicher ist die Gruppe der Autoren, die eine einheitliche Erklärung des Notstandes auf einer objektiven Basis versucht haben und ihn folgerichtig immer als Rechtfertigungsgrund bezeichnen. Als Begründung dafür wird von einigen die Lehre Thomasius' angeführt, der die Selbsterhaltung zur höchsten Pflicht - und dementsprechend auch zum Recht - jedes Menschen erhebt (6). Andere

---

4) Im Text werden solche Erklärungen über die Natur des Notstandes, die heute als ganz überholt gelten, nicht behandelt. Dazu gehören die Meinungen, die im Notstand einen persönlichen Strafausschließungsgrund sehen (Löffler, Finger, Heinberger), oder die ihn als sachlichen Strafausschließungsgrund erklären (Beling). Das wurde schon von Frank entschieden abgelehnt, weil damit nicht geklärt ist "weshalb die Notlage die Strafbarkeit ausschließe" (Kommentar, 18. Aufl., § 52, III). Ebenfalls überholt ist die Annahme Baumgartens, der Notstand sei ein Fall der Unzurechnungsfähigkeit.

5) Vgl. Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., S. 305.

6) Fundamenta iuris naturae et gentium, 1705, Bd. 1, 2, 2 §§ 18 - 19 (zitiert von Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho penal, Bd. IV (2. Aufl.), S. 326. Dieser Richtung folgt auch Wachenfeld, Lehrbuch, S. 121-122.

Autoren gehen davon aus, daß dem Nottäter immer ein Notrecht zur Verfügung stehe, auch wenn es sich um gleichwertige Interessen handelt (7).

Es gibt auch eine Reihe von Autoren, die zwar zum selben Ergebnis kommen, d.h. den Notstand als Rechtfertigungsgrund ansehen, dies aber auf ganz andere Weise begründen. Diese Richtung, auch "Neutralitätstheorie" genannt, geht von der Auffassung Bindings aus, nach der die Nottat weder rechtswidrig noch rechtmäßig, wohl aber unverboten sei. Das Recht - sagt Binding - "verzichtet auf Befolgung der Norm, weil es dem Interesse der Rechtsordnung gleichmäßig widerstreiten würde ihre Befolgung zu fordern und ein Recht zu ihrer Übertretung anzuerkennen" (8).

Diese Lehre hat viele Anhänger gefunden, die jedoch das Unverbotensein unterschiedlich auffassen. Die einen gehen von einer rechtsfreien Sphäre oder einer "rechtlichen Indifferenz" aus und meinen damit, daß es eine Kategorie des menschlichen Tuns gebe, die von der Rechtsordnung gar nicht geregelt, sondern absolut frei sei (9). Andere Vertreter dieser Lehre, wie

---

7) So vor allem Stammler, Kohler, v. Liszt, v. Hippel, Gerland, Allfeld-Meyer.

8) Vgl. Handbuch des Strafrechts, Leipzig, 1885, S.765-6

9) So z. B. Nagler, Leipziger Kommentar, 6. Aufl., § 54, 2, S. 440: "Die Kollision zwischen zwei gleichwertigen Güterngehört zur rechtlichen Irrelevanz oder Neutralität. Bei diesen Fällen nimmt die Rechtsordnung weder zugunsten des einen noch des anderen Rechtsgutes Stellung, wertet mithin nicht ab, sondern läßt den Geschehnissen ihren Lauf". Und a.a.O., S. 33 "Dabei kann sich herausstellen, daß die Rechtsordnung die Bewertung bewußt ablehnt; sie nimmt dann überhaupt nicht Stellung, es fehlt infolgedessen dem Vergang jeder Wertakzent". Auch in Frank-Festgabe, S. 341. Derselben Meinung ist Engisch: Der rechtsfreie Raum (in ZStaatsW, 108. Bd. (1952), S. 414-5). Andere Vertreter dieser Richtung sind Siegert (Notstand und Putativnotstand, 1931, S. 33), Beling (Grundzüge, 8/9. Aufl., S. 37) und E. Kaufmann (Das Wesen des Völkerrechts, 1911, S. 121-122).

H. Mayer, Maurach, und neuerdings auch Arthur Kaufmann, gehen von dem Gedanken aus, daß zwar das Recht eine Bewertung der ganzen Situation vornehme, dann aber bewußt keine Rechtsfolgen an die Nottat knüpfen wolle. Das Recht ziehe also in diesem Fall seine Verbote zurück, weil eine objektive Wertung der beiden kollidierenden Güter nicht möglich sei (10). Was mit der Neutralitätstheorie erreicht werden soll, ist, daß die Ausübung der Notwehr gegen den Nottäter nicht mehr möglich ist. Denn die Nottat kann nicht als rechtswidriger Angriff angesehen werden, auch wenn sie nicht rechtmäßig ist (11).

Die Annahme des unverbotenen Notstandes führt zu einem rechtsphilosophischen Problem, nämlich zu der Frage nach der Existenz eines rechtsleeren Raumes. Gegen die Bejahung dieser Frage läßt sich nichts einwenden (12), denn es ist leicht einzusehen, daß der größte Teil unseres Handelns mit dem Recht nichts zu tun hat, sondern in die Freiheitssphäre fällt. Diese Freiheit besteht aber nicht mehr sobald sie in Konflikt mit der Freiheit eines anderen gerät, da es

---

10) Vgl. H. Mayer, Lehrbuch (1953), S. 189, u. Studienbuch (1967), S. 134; Maurach, Kritik der Notstandslehre, 1935, S. 30-31 u. 88 ff. (Anders im Lehrbuch, 4. Aufl., S. 385); Arthur Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung (in Festschrift für Maurach, 1972, S.336-7). Dieser Auffassung ist auch Oetker (Notwehr und Notstand, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil. Bd. II, S. 334; auch in Frank-Festgabe, Bd. I, S. 367).

11) So vor allem H. Mayer, Lehrbuch, S. 195; Studienbuch, S. 134.

12) Gegen die im Text vertretene Meinung: Radbruch (Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 191), v. Weber (Das Notstandsproblem, S. 3), Sauer (Grundlagen des Strafrechts, S. 236).

Aufgabe des Rechts ist, ein friedliches Zusammenleben zu garantieren (13). Aus der Tatsache, daß ein rechtsfreier Raum durchaus denkbar und möglich ist, kann man aber nicht folgern, daß die Nottat zu dieser Kategorie gehöre, denn durch sie werden elementare Rechtsgüter eines Dritten beeinträchtigt. Mit Recht hat Henkel gesagt: "Werden durch eine Handlung die Rechte Dritter beeinträchtigt, so ist grundsätzlich Aufgabe der Rechtsordnung Stellung zu nehmen und mit ihrer Regelung einzugreifen" (14). Und er fügt hinzu, daß der Verzicht auf eine Regelung des Konfliktes nur eine Kapitulation des Gesetzgebers vor den Schwierigkeiten des Notstandsproblems bedeuten würde (15).

Daß diese Aufgabe gar nicht einfach ist, und deshalb die Versuchung naheliegt, sich der Neutralitätstheorie anzuschließen, hat Lenckner anhand der Gefahrengemeinschaft gezeigt (16). Der entscheidende Einwand gegen diese Lehre ist aber, daß man mit ihr kein Stück weiter gekommen ist, denn zwischen Unrechtsausschließungsgründen und Rechtfertigungsgründen (zwischen unverbotenem und rechtfertigendem Notstand also) bestehen weder qualitative noch quantitative

---

13) In diesem Zusammenhang kann man vielleicht die berühmte Rechtsdefinition Kants in Erinnerung bringen: "Der Inbegriff der Bedingungen unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann" (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, § B).

14) Vgl. Der Notstand, S. 36.

15) a.a.O., S. 37.

16) Vgl. a.a.O., S. 28 ff.

Unterschiede (17). Das Unverbotensein des Notstandes hat folgerichtig genau dieselbe Wirkung wie die Rechtfertigung.

Schließlich müssen auch die Meinungen erwähnt werden, die, auf einer abweichenden Systematik der Verbrechenslehre beruhend, die strafrechtliche Natur des Notstandes neu festzulegen versuchen. Hier ist als erster Maurach zu nennen, der anstatt von Entschuldigungsgründen, vom Ausschluß der Tatverantwortung spricht, wobei die Tatverantwortung als eine mittlere Stufe zwischen Unrecht und Schuld zu verstehen ist (18). Noch weiter ist Roxin gegangen, der in seinem Strafrechtssystem die Problematik der Schuld dahingestellt sein läßt und statt dessen lieber von Verantwortung sprechen will. Er erklärt die Straflosigkeit des Notstandes lediglich aufgrund kriminalpolitischer Strafzwecküberlegungen (19). In derselben Richtung behauptet Gimbernat - der der Lehre Roxins nahesteht -, daß es sich im Fall des §35 nicht um einen entschuldigenden, sondern um einen rechtfertigenden Notstand handle (20). Auf einer anderen Basis, nämlich aufgrund seiner Theorie des Unrechtsvorwurfs, kommt

---

17) So Lenckner, a.a.O., S. 22-3. Auch Henkel, a.a.O., S. 93: "Überhaupt hat ja die Unterscheidung der Fälle keine praktische Bedeutung. Mag in dem einen Fall die Handlung lediglich unverboten, im anderen sogar erlaubt sein, so bleibt doch die rechtliche Beurteilung dieselbe".

18) Vgl. Lehrbuch, Allg. Teil, 4. Aufl., S. 383 ff.

19) Vgl. Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien (in Festschrift für Henkel, 1974, S. 181 u. ff.) Derselben Meinung ist in Argentinien Bacigalupo. Vgl. Lineamientos de la teoría del delito, Buenos Aires, 1974, S. 93-4.

20) Vgl. Der Notstand: ein Rechtswidrigkeitsproblem (in Festschrift für Welzel, 1974, S. 490 ff.).

auch Maihofer zu demselben Ergebnis (21).

Trotz der Mannigfaltigkeit der Meinungen über die dogmatische Einordnung des strafrechtlichen Notstandes kann dieses Problem als gelöst betrachtet werden, und zwar in dem Sinn, daß eine differenzierende Betrachtung - die sich teils auf den Bereich der Rechtswidrigkeit, teils auf den der Schuld bezieht - erforderlich ist. Diese Lösung hat sich allmählich durchgesetzt und ist mit den Namen von Goldschmidt, Frank, Freudenthal, Eb. Schmidt und Mezger stark verbunden. Heute gilt sie als absolut herrschende Meinung (22) und hat sogar durch das 2. Strafrechtsreformgesetz im positiven Recht Ausdruck gefunden, wo im §34 der rechtfertigende und im §35 der entschuldigende Notstand geregelt werden. So kann man mit Lenckner sagen, daß "heute die Weichen endgültig gestellt sind, und die differenzierende Behandlung des Notstands als absolut gesicherter Grundsatz unseres Rechts gelten kann" (23).

---

21) Vgl. Der Unrechtsvorwurf (in Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S. 162: "Gerade die Einordnung der Maßstäbe des generellen Sollens und Könnens als Elemente des personalen Unrechtsvorwurfs bietet den systematischen «Ort» auch für eine befriedigende Lösung aller jener schwierigen Probleme der generellen Unzumutbarkeit. In allen diesen Fällen fehlt es schon an einem «vorwerfbaren» sozialen Unwert des Verhaltens".

22) So Berner (Lehrbuch, 15. Aufl. (1888), § 57, S. 99), Rudolph Merkel (Die Kollision rechtmäßiger Interessen (1895), S. 29), Frank (Strafgesetzbuch Kommentar, 18. Aufl. vor § 52, II u. § 54, III), Dohna (Rechtswidrigkeit (1905), S. 121 ff.), Goldschmidt (Der Notstand, ein Schuldproblem (1913), S. 45 ff), Liszt-Schmidt (Lehrbuch, 26. Aufl. S. 201), Sauer (Grundlagen, S. 324 ff.), Mezger (Lehrbuch, 3. Aufl. S. 232, 367), Henkel (Der Notstand, S. 54), Siegert (Notstand, S. 23), u.v.a.

23) Vgl. a.a.O., S. 9.

4. Bedeutung der Differenzierung

Angesichts der zahlreichen und sehr verschiedenen Lehrmeinungen über das Wesen des Notstandes kann man die Frage stellen, ob ihre systematische Einordnung überhaupt praktische Konsequenzen hat oder ob es sich nur um eine dogmatische Spielerei handelt. Denn, gleichgültig, ob die Notstandshandlung gerechtfertigt oder nur entschuldigt ist, bleibt der Nottäter straflos. Obwohl diese Wirkung sicher sehr wichtig ist, ist sie aber nicht die einzige, die berücksichtigt werden muß. Die dogmatische Einordnung des Notstandes ist deshalb nicht belanglos, sondern in mehreren Hinsichten reich an Folgerungen.

Was den Anwendungsbereich betrifft, so ist der des rechtfertigenden Notstands in bezug auf die notstandsfähigen Güter und die schutzfähigen Personen viel weiter als der des entschuldigenden Notstands, da während der erstere die Billigung des Rechts für sich hat, wird der andere nur geduldet. So ist im Fall des §34 jedes Rechtsgut notstandsfähig, in dem des §35 dagegen nur Leben, Leib und Freiheit. Die gerechtfertigte Notstandshandlung kann zugunsten eines beliebigen Dritten ausgeübt werden, die nur entschuldigte lediglich, wenn sich der Täter selbst, ein Angehöriger oder eine andere ihm nahestehende Person in der Notlage befindet, denn nur in diesen Fällen ist beim Täter der seelische Druck anzunehmen, dessen Berücksichtigung die Entschuldigung mitbegründet.

Aber nicht nur die Tragweite wird von der strafrechtlichen Natur des Notstandes beeinflußt, sondern auch andere wichtige Fragen, wie die Zulassung der Notwehr

gegen den Nottäter, die Strafbarkeit der Teilnahme und die Behandlung der irrigen Annahme einer Notstandssituation (Putativnotstand).

a) Das erste Problem wurde schon bei der Behandlung der Neutralitätstheorie erwähnt. Hier soll es nun etwas eingehender betrachtet werden. Nach der herrschenden Differenzierungstheorie ist beim rechtfertigenden Notstand die Notwehr unzulässig, da er ein echtes Notrecht darstelle und insofern kein rechtswidriger Angriff - die unbedingte Voraussetzung der Notwehr -, sondern ein rechtmäßiger Angriff ist. Zu demselben Ergebnis kommen die Befürworter der objektiven Einheitstheorie, für die alle Notstandsfälle gerechtfertigt sind (24). Anders ist es beim entschuldigenden Notstand, da in diesem Fall die Tat von der Rechtsordnung nicht gebilligt, sondern nur entschuldigt wird, weshalb die Rechtswidrigkeit bestehen bleibt. Daher kann der von der Nottat Betroffene sich auf die Notwehr berufen. Diese an sich klaren und verständlichen Regelungen, werden aber von den Vertretern der

---

24) So v. Hippel, Lehrbuch, Bd. II, S. 235: "Die Regelung des Notstandes soll Interessenkonflikte möglichst angemessen lösen. Die Zulassung der Notwehr würde dieses Ziel durchkreuzen. Dem in Not Handelnden stände strafloser Eingriff frei, der Betroffene aber könnte jeden, auch den geringsten Eingriff mittels Notwehr zurückschlagen, nötigenfalls durch Tötung des Angreifers. Das heißt nicht, Interessenkonflikte verständig schlichten, sondern Menschen aufeinandersetzen". Und fügt noch hinzu: "Bei Kollision berechtigter Interessen liegt begrifflich beiderseits Notstand vor". Bei der Gefahrengemeinschaft, die für ihn ein Fall der Rechtfertigung ist, vertritt auch Henkel diese Meinung (a.a.O., S. 93). Der Notstand auf den der Betroffene sich berufen könnte, hätte aber nur entschuldigende Wirkung. (So Schmidhäuser, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., S. 467-8).

Neutralitätstheorie ziemlich durcheinander gebracht. Einige von ihnen, die das Unverbotensein bis zur letzten Konsequenz führen, wie z. B. Hellmuth Mayer, sprechen dem Betroffenen die Befugnis zur Notwehrausübung ab und gestatten ihm lediglich, sich seinerseits auf den Notstand zu berufen (25). Andere Autoren, die den Notstand für unverboten erklären, und zwar in dem Sinn, daß er nicht rechtmäßig, aber auch nicht rechtswidrig sei, gewähren dem Betroffenen dennoch das Notwehrrecht gegen den Nottäter (26). Dies scheint eine dogmatisch sehr unbefriedigende Lösung zu sein, und es ist schwer zu erklären, welchen Sinn diese Lehre überhaupt haben soll (27). Dergleichen Meinung ist Siegert, obwohl auch er im Fall der Gefahrengemeinschaft den unverbotenen Notstand anerkennt, aber dann konsequent die Folgerungen in bezug auf die Notwehr zieht: "Ist die Errettung aus einer Gefahrengemeinschaft unverboten, so ist sowohl die Angriffshandlung wie die Abwehrhandlung unverboten. Das Recht stellt sich zu ihnen zutreffenderweise neutral" (28). Im gleichen Sinn äußert sich auch Lenckner: "In Wahrheit kann ... von einem Notwehrrecht keine Rede sein, wenn man mit dem Gedanken eines unverbotenen Notstands ... wirklich ernst macht. Einmal könnte schon gefragt werden, ob

---

25) Siehe Anm. 11.

26) Auf diese Richtung stellen Binding (a.a.O., S. 766); Oetker (Frank-Festgabe, S. 367); Nagler (LK, 6. Aufl. §54, S. 440), und Maurach (Kritik der Notstandslehre, S. 93 u. 99 ff) ab.

27) Die folgende Behauptung Mezgers vermag uns nicht zu überzeugen: "Die praktische Bedeutung der Unterscheidung [zwischen 'rechtmäßig' und 'unverboten'] steht außer Zweifel. Dies belegt schon die Erwägung, daß gegen den rechtmäßigen Akt keine Notwehr zulässig ist, wohl aber gegen den rechtlich neutralen Eingriff" (LK, 7. Aufl., vor § 51, S. 293).

28) Vgl. a.a.O., S. 33 (Anm. 3) u. 34.

denn die Rechtsordnung, wenn sie sich gegenüber der Notstandshandlung völlig indifferent verhält, dieselbe Neutralität nicht auch gegenüber der von dem anderen Teil in dieser Lage geübten Notwehr wahren müßte, anstatt diesem nun ein wirkliches Notrecht einzuräumen" (29).

b) Bevor die Frage der Strafbarkeit der Teilnahme an einer Notstandshandlung behandelt wird, sind noch einige Anmerkungen über die Abgrenzung dieses Problems zu machen, um vor allem zu vermeiden, daß die Teilnahme an einer Notstandshandlung mit der Nothilfe verwechselt wird (30). Teilnahme an einer Notstandshandlung bedeutet lediglich - wie jede Teilnahme im engeren Sinn - das Hervorrufen oder die Unterstützung der vom Nottäter geübten Notstandshandlung und ist insofern immer akzessorischer Natur, denn sie setzt die Haupttat des Nottäters unbedingt voraus. Bei der Nothilfe geschieht etwas ganz anderes, nämlich, daß der Täter, der sich nicht in Not befindet, eine Rettungshandlung unternimmt, um das Rechtsgut eines Dritten zu erhalten. Die Nothilfehandlung ist daher nicht Teilnahme an fremder Nottat, nicht akzessorisch, sondern vollkommen selbständig zu beurteilen.

Nach dieser Anmerkung ist nun auf das Problem der Teilnahme in dem oben erwähnten Sinn einzugehen. Nachdem die limitierte Akzessorietät im positiven Strafrecht Ausdruck gefunden hat (31), setzt eine straf-

---

29) Vgl. a.a.O., S. 23.

30) So z. B. Baldus, LK, 9. Aufl., § 54, Rdn. 19.

31) Durch die VO v. 29.5.1943.

bare Teilnahme eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige Haupttat voraus. Demnach ist eine strafbare Teilnahme an einem rechtfertigenden Notstand nicht möglich, da bei ihm die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist und insofern keine rechtswidrige Haupttat vorliegt, an die die Teilnahme sich anlehnen könnte. Was die Schuld betrifft, so ist ihr Vorliegen beim Haupttäter für die Strafbarkeit der Teilnahme nicht mehr erforderlich; es genügt, wenn er vorsätzlich handelt (§§26 und 27 StGB). Andererseits ist nach §29 jeder Beteiligte, ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen, nach seiner eigenen Schuld zu bestrafen. Aus diesen beiden Gründen ergibt sich, daß bei einem entschuldigenden Notstand nur dem Täter, nicht aber den Teilnehmern, die Straflosigkeit zugute kommt.

Diesen nur in groben Zügen skizzierten Grundlinien, die als herrschende Meinung gelten, stehen abweichende Lehrmeinungen entgegen, die zur Straflosigkeit der Teilnahme auch im Fall des entschuldigenden Notstands führen. Hier ist zunächst die Auffassung Hellmuth Mayers zu berücksichtigen, der gegen den ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes immer noch auf die extreme Akzessorietät abstellt, nach der für die Strafbarkeit der Teilnahme nicht nur eine rechtswidrige, sondern auch eine schuldhafte Haupttat erforderlich ist (32). Wird die Haupttat entschuldigt, so ist eine strafbare Teilnahme nicht möglich. Diese Lehre ist heutzutage völlig überholt und mit dem gegenwärtigen Strafrecht nicht zu vereinbaren. Eine ebenfalls von der h.M. abweichende Meinung vertritt Maurach. Nach seiner Auffassung setzt eine strafbare Teilnahme voraus, daß

---

32) Vgl. Lehrbuch, S. 318 ff. u. Festschrift für Rittler, S. 243 ff.

die Haupttat von einem Tatverantwortlichen ausgeführt werde (33). Da gerade der Notstand für ihn einen Grund des Ausschlusses der Tatverantwortung darstellt, bleibt der Teilnehmer straflos.

Eine etwas eingehendere Behandlung verdient die Lehre Rudolphis (34). Von dem Ansatzpunkt ausgehend, daß beim Vorliegen eines entschuldigenden Notstands dem Täter ohne Rücksicht auf seine Individualität eine Befolgung der Rechtsnormen von der Rechtsordnung nicht mehr zugemutet werde, unterscheidet Rudolphi zwischen dem strafrechtlichen Notstand und den echten Schuldausschließungsgründen (Unzurechnungsfähigkeit und unvermeidbaren Verbotsirrtum). In bezug auf die letzteren verzichte der Gesetzgeber nicht allgemein auf den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, sondern sehe nur im Einzelfall von Strafe ab, da die abnorme individuelle Persönlichkeit oder die abnorme Willensbildung es dem Täter unmöglich mache, sich in seinem Handeln von dem Gesetz und seinen Strafdrohungen bestimmen zu lassen. Beim Notstand dagegen sei allein die objektiv bestehende Notlage ohne Rücksicht auf deren psychologische Auswirkungen auf den einzelnen Täter für den Verzicht auf Strafe entscheidend (35).

Nach alledem ergebe sich, daß der entschuldigende Notstand "auf Grund seiner im Gesetz vorgenommenen generellen und allein auf objektive Gegebenheiten abstellenden Typisierung in einer engen Nachbarschaft zu den Rechtfertigungsgründen steht". Infolgedessen

---

33) Vgl. Lehrbuch, 4. Aufl., S. 397.

34) Vgl. Ist die Teilnahme an einer Notstandstat strafbar? (in ZStW, Bd. 78 (1966).

35) Vgl. a.a.O., S. 95.

müsse die Frage nach der Strafbarkeit der Teilnahme in der gleichen Weise beantwortet werden wie bei einer gerechtfertigten Tat: die Teilnehmer bleiben also auch beim entschuldigenden Notstand straflos (36).

Bei einer kritischen Betrachtung dieser Auffassung scheint es, daß hier die Grenzen zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung übersehen worden sind, denn es ist schwer zu akzeptieren, daß für die Straflosigkeit des entschuldigenden Notstandes allein die objektive Notlage ausschlaggebend sei, wie er wiederholt betont. Diese Behauptung stimmt übrigens mit der eigenen Auffassung Rudolphis über die dogmatische Begründung des entschuldigenden Notstandes nicht überein. Denn auch er sieht die tragenden Gedanken des entschuldigenden Notstandes sowohl in der Unrechtsminderung als auch in der Berücksichtigung der seelischen Zwangslage des Täters (37). Die Berücksichtigung der seelischen Zwangslage äußert sich im Gesetz nicht nur durch die Beschränkung des betroffenen Personenkreises, sondern auch dadurch, daß sich die notstandsfähigen Güter auf die elementarsten beschränken, da nur in solchen Fällen beim Täter der Motivationsdruck anzunehmen ist. Dann aber ist nicht einzusehen, warum die Straflosigkeit auch dem Teilnehmer, der sich nicht in der seelischen Zwangslage befindet, zugute kommen sollte.

---

36) Vgl. a.a.O., S. 96-7 und SK, § 35, Rdn. 21.

37) Vgl. a.a.O., S. 97 und SK, § 35, Anm. 2 u. ff.

c) Ferner ist auch bei der irrigen Annahme eines Notstandes (Putativnotstand) die strafrechtliche Behandlung unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um einen rechtfertigenden oder um einen entschuldigenden Notstand handelt (38). Bei einem schematischen Überblick sieht die Irrtumsproblematik in bezug auf den Notstand folgendermaßen aus: Die irrige Annahme der Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes (Erlaubnistatbestandsirrtum) ist im Ergebnis wie ein Tatbestandsirrtum zu behandeln. So kann nur eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit in Frage kommen, wenn der Irrtum vermeidbar war (39) und die Fahrlässigkeit im konkreten Fall unter Strafe gestellt ist. Hier ist also nach der h.M. die Regelung des Tatbestandsirrtums (§16) analog anzuwenden (40). Beruht der Irrtum dagegen auf einer falschen Vorstellung

---

38) Eine einheitliche Lösung für beide Fälle wurde vom E1962 (§20) vorgeschlagen, und zwar im Sinne der Vorsatztheorie. Der AE (§19) enthielt die gleiche Regelung, jedoch beschränkt auf rechtfertigende Umstände. Diesen Vorschlägen ist jedoch das 2. StrRG nicht gefolgt.

39) Das Kriterium für die Unterscheidung zwischen vermeidbarem und unvermeidbarem Irrtum beruht auf einer Prüfung der Gewissensanspannung. Darunter ist gemäß BGHSt 4,5 folgendes zu verstehen: "Die Verpflichtung des Täters, alle seine geistigen Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen einzusetzen zur Urteilsbildung über die Rechtswidrigkeit". Ziemlich kritisch dazu Baumann, a.a.O., S. 444.

40) Die Wirkung dieses Irrtums in bezug auf den Vorsatz ist umstritten. Nach der h.M. bewirkt der Erlaubnistatbestandsirrtum, daß der Vorsatz ausgeschlossen ist. Für eine neuere Lehrmeinung (u.a. von Jeschek, AT, S. 375; Lackner, § 17, Anm. 5 b, und Wessels, AT, S. 85 vertreten) ist dieser Irrtum ein Irrtum eigener Art, der nur in seiner Rechtsfolge dem Tatbestandsirrtum gleichzustellen ist. Der Tatbestandsvorsatz entfällt nach dieser Lehrmeinung nicht, sondern lediglich die Vorsatzschuld und die Vorsatzstrafe.

über die rechtlichen Grenzen des rechtfertigenden Notstandes (Erlaubnisirrtum), so liegt für die herrschende eingeschränkte Schuldtheorie lediglich ein Verbotsirrtum vor, der von §17 geregelt wird. Letzteres ist nach der extremen Schuldtheorie auf alle Fälle des Irrtums anzuwenden (41).

Beim entschuldigenden Notstand ist die Situation anders. Da es sich hier bloß um einen Umstand handelt, der die Vorwerfbarkeit der Tat erheblich mindert, den Vorsatz aber bestehen läßt, kann der Irrtum niemals den Vorsatz berühren, sondern nur wiederum entschuldigende Wirkung haben. Deshalb wird der Irrtum über einen Entschuldigungsgrund als Irrtum eigener Art bezeichnet, d.h., daß er weder Tatbestands- noch Verbotsirrtum ist. Maßgebend für die entschuldigende Wirkung des unvermeidbaren Irrtums ist, daß die Motivationslage dieselbe ist, egal ob die Notstandssituation tatsächlich oder nur in der Einbildungskraft des Täters besteht (42). Was die Behandlung des vermeidbaren Irrtums betrifft, so werden von der Lehre zwei verschiedene Lösungen vorgeschlagen: entweder richtet sich die Strafe nach dem Vorsatztatbestand oder der Täter wird wegen fahrlässiger Tat bestraft,

---

41) Diese Lösung wird vor allem von den Anhängern des Finalismus befürwortet. Vgl. Welzel, Lb., S. 164 ff. auch ZStW, 67 (1955), S. 208 ff.

42) So Radbruch, Frank-Festgabe, Bd. I, S. 166; Liszt-Schmidt, Lb., S. 288 f.; Baldus, LK, §52, Rdn. 25, auch §54, Rdn. 22; Baumann, AT, S. 430; Hirsch, LK, §51, Vorbem. 169; Jescheck, AT, S. 411; Arthur Kaufmann, ZStW 76 (1964), S. 577 f.; Roxin, in derselben Zeitschrift, S. 609 f., Stratenwerth, AT, Nr. 619 ff.; Welzel, Lb. S. 182.

vorausgesetzt, daß ein Fahrlässigkeitstatbestand vorhanden ist. Gegen die letztere Lösung haben sich kriminalpolitische Bedenken erhoben, da Strafbarkeitslücken entstehen, wenn eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit nicht möglich ist, dem Täter aber der Irrtum vorzuwerfen ist. Aus diesem Grund hat sich das Gesetz im §35, Abs. 2 für die erstgenannte Lösung entschieden, d.h. daß, auch wenn der Irrtum vermeidbar ist, der Täter gemäß Vorsatzstrafe bestraft wird. Die Strafe muß aber nach §49, Abs. 1 gemildert werden (43). Genauso wie beim Irrtum über die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes ist für die Unvermeidbarkeit des Irrtums erforderlich, daß eine sorgfältige Prüfung der Notstandslage vorgenommen wurde. Dabei ist aber zu beachten, daß unter dem seelischen Druck, in dem sich der Täter befindet, eine genaue Bewertung des Sachverhalts nicht erwartet werden kann (44).

---

43) Das ist die gleiche Lösung wie für den Verbotsirrtum (§17).

44) So Lenckner, in Schönke-Schröder, a.a.O., § 35, Rdn. 49.

ERSTES KAPITEL

DER ENTSCHULDIGENDE NOTSTAND IN DER DOGMATIK

1. Definition und Abgrenzung des entschuldigenden Notstands

a) Terminologie:

Zunächst soll eine Untersuchung der den Notstand betreffenden Terminologie erfolgen. Im Schrifttum kommt sowohl der Ausdruck "Schuldausschliessungsgrund" als auch der Ausdruck "Entschuldigungsgrund" vor. Man kann sich nun fragen, ob diese Termini ein und dieselbe Bedeutung haben, so daß sie als Synonym angesehen werden können, oder ob sie vielmehr unterschiedliche Sachverhalte kennzeichnen. Sollte sich das letztere bestätigen, dann handelt es sich hier nicht um eine rein terminologische, sondern darüber hinaus um eine dogmatische Frage.

Dieses Problem ist umstritten. Es gibt einerseits eine Reihe von Autoren, die beide Ausdrücke für identisch halten und folgerichtig von schuldausschließendem bzw. entschuldigendem Notstand sprechen. Diese Auffassung geht davon aus, daß im Fall des Notstands die Schuld ganz ausgeschlossen sei und insofern zu den sonstigen Schuldausschließungsgründen kein Unterschied beste-

he (45). Das betont nachdrücklich Mezger, wenn er sagt, man sollte den Ausdruck "Entschuldigungsgrund" vermeiden, denn beim Vorliegen eines Schuldausschließungsgrundes werde nicht der "an sich" schuldige Täter bloß "entschuldigt", sondern es sei bei dieser Sachlage von vornherein seine Schuld "ausgeschlossen" (46).

Andere Autoren, die den oben genannten nahestehen, bevorzugen den Ausdruck "Entschuldigungsgrund" und empfehlen infolgedessen den Ausdruck "Schuldausschließungsgrund" zu vermeiden, weil dieser nicht ganz eindeutig und außerdem überholt sei (47).

Eine andere zahlreiche Gruppe von Autoren unterscheidet dagegen zwischen Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründen, und zwar in dem Sinn, daß bei den letzteren die Schuld nicht ganz ausgeschlossen, ihr Anteil aber so gering sei, daß das Recht von der Erhebung eines Schuldvorwurfes absehe. Schuldausschließungsgründe seien daher nur die Unzurechnungsfähigkeit und der unvermeidbare Verbotsirrtum; der

---

45) Vertreter dieser Auffassung sind u.a. Mezger, Lehrbuch, S. 363-364; Liszt-Schmidt, Lehrbuch, S. 284; Baumann, Lehrbuch, S. 462; Dreher, StGB, §35, Anm. 9; Lackner StGB, vor §32, III.

46) Vgl. a.a.O., S. 364. Hier ist zu bemerken, daß das Gesetz dieser Meinung Recht zu geben scheint, denn in §35 steht "handelt ohne Schuld". Darüber ist aber zu beachten, daß die Ausdrücke, die das Gesetz verwendet, oft nicht ganz zutreffend sind, und insofern können sie durch die juristische Konstruktion verbessert werden.

47) In diesem Sinn Goldschmidt, Der Notstand, S. 10, und Schmidhäuser, Lehrbuch, AT, S. 458.

Notstand dagegen sei ein bloßer Entschuldigungsgrund. Auf diese Richtung stellten schon Beling und von Hippel ab (48), und diese Auffassung hat im neueren Schrifttum großen Beifall gefunden (49). Diese Lehrmeinung beruht auf einer besonderen Auffassung über die Gründe der Straflosigkeit des Notstands, die noch behandelt wird.

An dieser Stelle ist lediglich die Frage zu behandeln, welche von beiden Bezeichnungen der Natur des Notstandes gerechter wird. Da die Beantwortung dieser Frage eine Antizipierung der Stellungnahme in bezug auf die Begründung der Straflosigkeit des Notstands notwendig macht, soll schon hier gesagt werden, daß der letztgenannten Lehrmeinung, die im Notstand keinen vollständigen Schuldausschluß sieht, zuzustimmen ist. Insofern ist der Ausdruck "Entschuldigung" gegenüber "Schuldausschluß" vorzuziehen, da er, wie Beling gezeigt hat, der Natur des Notstands besser entspricht "«Sich entschuldigen» - so Beling - heißt ja doch keineswegs nur aufzeigen, daß man schuldlos ist, sondern auch seine

---

48) Vgl. Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, Leipzig, 1910, S. 10 (er stellt aber auf die Strafausschließungsgründe ab); und von Hippel, Lehrbuch, II, S. 214, Anm.

49) Die Vertreter dieser Lehre sind Eser, Strafrecht I, 19, Rdn. 6; Hirsch, in LK, vor §51, Rdn. 167; Jescheck, AT, S. 385; Armin Kaufmann, Die Unterlassungsdelikte, S. 153 ff.; Lenckner, in Schönke-Schröder, Vorb. §32, Rdn. 108, und §35, Rdn. 5, und Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, S. 69; Rudolphi, SK, §35, Rdn. 1 ff. und ZStW, Bd. 78, S. 96; Welzel, Lehrbuch, S. 179 und Wessels, Strafrecht, Allg. Teil, S. 75, Bockelmann, AT, S. 124; Horstkotte, Niederschriften, V, S. 1841.

Schuld anerkennen und nur Verzeihung erbitten; entsprechend heißt «eine Entschuldigung gelten lassen» keineswegs nur anerkennen, daß den anderen keine Schuld trifft, sondern auch trotz vorhandener Schuld ein Auge zudrücken. Und letzteres tut der Staat, wenn er die Tat beim Notstand im Sinne des §54 StGB straflos läßt; er läßt die Tat trotz ihrer Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit als straflos passieren" (50). In derselben Richtung äußert sich von Hippel: im Notstand sei die Willensfreiheit des Handelnden durch die Macht des Selbsterhaltungstriebes zwar nicht ausgeschlossen, aber doch stark beeinflußt. Die logische Konsequenz müsse dann sein, daß beim Notstand kein Schuldausschließungsgrund vorliegt (51).

b) Abgrenzung:

Oben wurde schon gesagt, daß der strafrechtliche Notstand im weiteren Sinn die tatbestandsmäßige Verletzung von Rechtsgütern eines Dritten ist, wenn dadurch die Erhaltung eines anderen gefährdeten Rechtsgutes ermöglicht wird. Da der strafrechtliche Notstand sowohl ein Rechtfertigungsgrund als auch ein Entschuldigungsgrund sein kann, ist es notwendig, eine Grenze zwischen beiden zu ziehen und ihre Verhältnisse zueinander zu untersuchen. Da die Tatbestandsmäßigkeit lediglich ein Indiz der Rechtswidrig-

---

50) Unschuld ..., S. 10.

51) a.a.O.

keit darstellt, muß stets geprüft werden, ob schon das Unrecht ausgeschlossen ist. Für den Notstand heißt dies, daß der Richter vor einer Notstandshandlung immer feststellen soll, ob die Tat gerechtfertigt ist. Die in Not begangene Handlung ist gemäß §34 dann gerechtfertigt, wenn sich aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung ergibt, daß die Notstandshandlung das in der Kollision wesentlich höhere Interesse gerettet hat, und sie außerdem als angemessenes Mittel zu diesem Zweck gilt. Sind diese beiden Bedingungen erfüllt, dann gibt es für die Prüfung des entschuldigenden Notstands keinen Anlaß mehr, da dieser eine rechtswidrige Tat voraussetzt. Steht dagegen fest, daß eine gerechtfertigte Tat nicht vorliegt, so kann ein entschuldigender Notstand in Betracht kommen. Der entschuldigende Notstand ist also in bezug auf den rechtfertigenden immer subsidiärer Natur.

Wann ein entschuldigender Notstand vorliegt, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen des §35 erfüllt sind. Da der entschuldigende Notstand in bezug auf den rechtfertigenden lediglich negativ definiert werden kann, ist er dann gegeben, wenn das gerettete Interesse das verletzte nicht wesentlich überwiegt, oder wenn die Handlung kein angemessenes Mittel zum Rettungszweck darstellt. Daraus ergibt sich, daß ein entschuldigender Notstand bei drei verschiedenen Wertverhältnissen der kollidierenden Rechtsgüter in Frage kommen kann: erstens, bei Gleichwertigkeit beider Güter; zweitens, bei Höher-

wertigkeit des geretteten Rechtsgutes, wenn der Wertunterschied nicht wesentlich ist; und drittens, bei Minderwertigkeit des geretteten Gutes, wenn dieses nicht außer Verhältnis zum angerichteten Schaden steht (52).

Sind die Voraussetzungen des §35 nicht erfüllt, dann ist die Tat in der Regel strafbar, da das Handeln in Not nicht schon deshalb straffrei ist. Ausnahmsweise kann die Tat auf übergesetzlicher Ebene entschuldigt werden, wenn sich der Täter in einer mit der geregelten vergleichbaren Situation befunden hat. Darüber wird im dritten Kapitel Näheres gesagt.

Eine weitere Abgrenzung des entschuldigenden Notstands, die jedoch für das geltende Recht nur historisch von Bedeutung ist, ist diejenige zum sog. Nötigungsnotstand. Diese Differenzierung, die im älteren Schrifttum oft gemacht wurde, beruhte auf den §§52 und 54 a.F., die den Nötigungsnotstand und den aus sonstigen Gefahrenquellen entstandenen Notstand regelten. Heute hat sich aber die Meinung durchgesetzt, daß der Ursache der Gefahr bei der Behandlung des entschuldigenden Notstands keine Bedeutung beizumessen ist. Demzufolge hat das 2. Strafrechtsreformgesetz von einer Sonderregelung des Nötigungsnotstandes abgesehen und den §35 als eine einheitliche Notstandsregelung gefaßt.

---

52) Wie im Text Stratenwerth, AT, S. 182, Rdn. 604.

Anders ist es aber dort, wo lediglich der Nötigungsnotstand gesetzlich geregelt ist. Das ist z. B. in Frankreich, Belgien und Argentinien der Fall. In den beiden erstgenannten Ländern enthält das jeweilige code pénal lediglich eine Bestimmung über die strafbefreiende Wirkung der "contrainte". So sagt der Art. 64 des französischen StGB: "Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu ... a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister". Diese Vorschrift wurde vom Art. 71 des belgischen StGB wörtlich übernommen. Die Lehre beider Länder hat diese Vorschrift im Sinne der "contrainte moral" (= Nötigungsnotstand) ausgelegt (53). Der entschuldigende Notstand als solcher ist unbekannt (54).

Ähnliches gilt für das niederländische Strafrecht. Gemäß Art. 40 des holländischen StGB von 1881 ist nicht strafbar, wer eine Tat begeht, zu der er durch einen übermächtigen Einfluß gedrängt wird.

Im argentinischen StGB regelt der Art. 34, Nr. 2 die strafbefreiende Wirkung der "Bedrohung mit einem schweren und gegenwärtigen Übel". Dies wird von der argentinischen Lehre als Entschuldigungsgrund verstanden und zwar unter dem Namen "coacción" (= Zwang). Aus dieser Vorschrift konstruiert die Lehre den entschuldigenden Notstand (55).

---

53) So Garraud, droit pénal français, 3. Aufl., Bd. I, S. 679; Donnedieu de Vabres, Droit criminel, S. 187; Vidal, Cours de Droit criminel, S. 107.

54) Vgl. Noll, ZStW, Bd. 68 (1956), S. 188, Anm. 21.

55) Vgl. Fontán Balestra, Tratado de Derecho penal, Parte general, Bd. II. Buenos Aires, 1966, S. 324; Núñez, Derecho penal argentino, Parte general, Bd. II, Buenos Aires, 1960, S. 164; Zaffaroni, Teoría del delito, Buenos Aires, 1973, S. 623.

2. Die doppelte Begründung der Straflosigkeit des entschuldigenden Notstandes

a) Die Unzumutbarkeit eines normgemäßen Verhaltens

aa) Entstehung des Zumutbarkeitsgedankens

Die Entstehung der Unzumutbarkeitslehre ist gerade durch die Enge des alten §54 veranlaßt worden. Sie sollte ermöglichen, daß Notstandsfälle, die außerhalb der Regelung des §54 lagen, auch entschuldigt sein konnten, wenn nach den Umständen vom Täter ein anderes Verhalten nicht zu erwarten war.

Dieser Gedanke der Unzumutbarkeit ist von der normativen Schuldlehre, deren größter Verdienst er ist, nicht zu trennen. So hat Bellavista in Italien gesagt, daß Unzumutbarkeit und normativer Schuldbegriff ein und dasselbe seien (56).

Die normative Schuldlehre, deren Wurzel auf die Normentheorie Bindings zurückgeht, entstand in Deutschland in den ersten Jahrzehnten dieses

---

56) Bellavista, Girolamo: Il problema della colpevolezza, 1944, S. 74. Dieser Autor behauptet sogar, daß "die einzige praktische Rechtfertigung der normativen Schuldlehre in der Zumutbarkeitslehre liegt" (a.a.O., S. 75). Henkel (Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, in Festschrift für Mezger, 1954, S. 250), und Schaffstein (Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund, 1933, S. 19-20) sehen dagegen die normative Schuldauffassung und den Zumutbarkeitsgedanken als zwei voneinander unabhängige Erscheinungen.

Jahrhunderts (57). Als ihre Wegbereiter können u.a. Beling, M.E. Mayer und zu Dohna genannt werden (58). Diese Autoren sind die ersten, die die Schuld als Pflichtwidrigkeit erfaßt haben, wobei aber die Pflicht, die die schuldhafte Handlung verletzt, unterschiedlich verstanden wird: für Dohna bedeutet die Pflichtwidrigkeit die Verletzung einer ethischen Norm, für Mayer dagegen die einer Kulturnorm und für Beling die einer Rechts-

---

57) Scarano und Petrocelli behaupten, daß viel früher als die Deutschen schon italienische Gelehrte und Praktiker die gleichen Gedanken erörtert haben, auf denen die normative Schuldlehre beruht. So bringt z. B. Bartolo ein Zitat von Pietro de Bellapertica, nach dem "culpa est deviatio a legis dispositione" (Schuld ist eine Abweichung von der Norm). Baldo sagt noch deutlicher: "Culpa est omne quod est reprehensibile" (Schuld ist alles, was vorwerfbar ist). Noch weiter entwickelt sei dieser Gedanke bei Carmignani und dessen Nachfolger Carrara. In diesem Zusammenhang sagt auch Mezger, der Streit um die Begründer des normativen Schuldbegriffs sei müßig, denn es handle sich nicht um eine einmalige «Entdeckung», sondern um eine Reihe systematischer und sachlicher Klarstellungen (Lehrbuch, S. 250). Im gleichen Sinn Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin, 1974, S. 57.

58) Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, 1910, S. 7-8; Grundzüge, S. 39; M.E. Mayer, Die schuldhafte Handlung, Leipzig, 1901; u. Glossen zur Schuldlehre, in ZStW, Bd. 32, (1911) S. 492-514, und zu Dohna, Die Elemente des Schuldbegriffs (GS, 65 (1905), S. 304-324, und zum neuesten Stande der Schuldlehre, in ZStW, Bd. 32, (1911), S. 323-338.

norm (59). Auch der Gedanke, daß die Schuld Vorwerfbarkeit sei, ist eigentlich älter als die normative Schuldlehre (60). So sagt Schumacher, daß bei der Bestimmung des Schuldurteils als Vorwurf die alte und die moderne Schuldauffassung völlig gleich ausgehen. Der Unterschied liege lediglich in der Bestimmung der Herkunft und des Umfanges dieses Vorwurfes (61).

---

59) Pflichtwidrig ist für Dohna ein Willen, dessen Motive Mißbilligung verdienen (GS, 65, S. 312). Danach ist Schuld jene psychische Disposition des Täters im Augenblick der Tat, welche seine Verantwortlichkeit vor dem Richterstuhl der Ethik begründet (ZStW 32, S. 326). Für Mayer ist die Schuld eine pflichtwidrige Willensbetätigung, die einen rechtswidrigen Erfolg zur Wirkung hat. Das Merkmal der Pflichtwidrigkeit bezeichnet eine rein moralische Qualifikation des Willens. Das moralische Urteil stellt allein auf die Motive des Handelnden ab. Das Kriterium der Pflichtwidrigkeit verweist lediglich auf die geltenden Werturteile. Die Formel stellt dem Richter damit eine Blanquettnorm aus, für dessen Ausfüllung ihm ein weiter Ermessensspielraum gelassen ist (Die schuldhafte Handlung, S. 106 ff.). Später hat er die geltenden Werturteile als Kulturnormen erfaßt. Beling wird von Achenbach (a.a.O., S. 91) als Mittler zwischen der positivistischen und der wertbezogenen Schuldlehre. Schon in der ersten Auflage der Grundzüge des Strafrechts (1889) hat Beling die Schuld folgendermaßen definiert: "Jemandem eine Handlung zur Schuld zurechnen heißt: ihm einen Vorwurf daraus machen, daß er so und nicht anders gehandelt hat". Die Rechtsschuld ist danach "der zu verantwortende Ungehorsam gegen die Normen" (a.a.O., S. 30). In der Lehre vom Verbrecher wird die Schuld so charakterisiert: "Die strafrechtliche Schuld enthält den Vorwurf rechtlich fehlerhaften Verhaltens" (S. 79). Noch deutlicher wird diese Auffassung der Schuld in "Unschuld, Schuld und Schuldstufen" (1910): "Erst dann haben wir eine Schuld in der Hand, wenn wir den seelischen Vorgang an einer an die innere Welt des Menschen gerichteten Norm messen und zu ungunsten des Gehandelthabenden eine Diskrepanz festellen können" (S. 7-8).

60) Vor allem von Beling in bezug auf die Schuld angewar

61) Um das Wesen der Strafrechtsschuld, 1927, S. 39.

Als Begründer der normativen Schuldlehre sind vor allem Frank, Freudenthal und Goldschmidt zu nennen. Weiterentwickelt wurde sie vornehmlich durch Eb. Schmidt und Mezger und, in eine andere Richtung, durch die Anhänger der finalen Handlungslehre.

α) Frank hat in seiner bahnbrechenden Schrift "Über den Aufbau des Schuldbegriffes" (1907), als erster gesagt, daß die Schuld sich in der Feststellung der psychischen Beziehung des Täters zu seiner Tat (die die Form des Vorsatzes oder die der Fahrlässigkeit annehmen kann) nicht erschöpfe, sondern sie vielmehr ein komplexer Begriff sei, der aus drei verschiedenen Elementen bestehe: 1) der Zurechnungsfähigkeit, 2) der psychischen Beziehung des Täters zu seiner Tat (Vorsatz oder Fahrlässigkeit), und 3) den Umständen, unter welchen der Täter gehandelt hat (begleitende Umstände), oder besser gesagt, der normalen Beschaffenheit solcher Umstände (62). Die Synthese dieser drei Elemente sei die Vorwerfbarkeit (Schuld). Da die Schuld somit ein komplexer Begriff sei, fehle sie jedesmal, wenn irgendeine ihrer Komponenten nicht vorliege, sei es Zurechnungsfähigkeit, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, oder wenn die begleitenden Umstände nicht normal seien (63). Daß das letztere eine erhebliche Erweiterung der Entschuldbarkeit

---

62) Über den Aufbau des Schuldbegriffes, Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum. Gießen, 1907, S. 521 ff. Gerade die Berücksichtigung der Tatumstände als selbständiger Schuldbestandteil ist es, was die Lehre Franks von dem Psychologismus entfernt. Für M.E. Mayer und Dohna sind die Begleitumstände Elemente der Pflichtwidrigkeit.

63) a.a.O., S. 530 ff.

bedeutet, liegt auf der Hand, und das ist gerade das Ziel der Frankschen Schuldauffassung. Die begleitenden Umstände haben nicht nur eine entschuldigende Wirkung, wenn sie völlig ungewöhnlich seien (wie z.B. im Notstandsfall), sondern sie ermöglichen auch eine Graduierung der Schuld, d. h. eine Tat könne mehr oder weniger vorwerfbar sein, je nachdem, ob die begleitenden Umstände mehr oder weniger von der Norm abweichen.

Frank hat seine Schuldauffassung auf eine Reihe von Entscheidungen des Reichgerichts gestützt, die den Tatumständen große Bedeutung beigemessen haben. Von diesen Entscheidungen ist vor allem die E. 30, 25 (Leinenfängerfall) zu erwähnen, in der ein Kutscher freigesprochen wurde, der aus Furcht vor drohender Entlassung mit einem fehlerbehafteten Pferd gefahren war und dadurch einen Menschen verletzte. Aus dieser und ähnlichen Entscheidungen zog Frank die Folgerung, daß bei Fahrlässigkeitstaten dem Richter die Möglichkeit gegeben sei, die exkulpierenden Begleitumstände frei zu ermessen. Bei Vorsatztaten dagegen meinte Frank, daß die Berücksichtigung dieser Umstände aus rechtspositivistischen Gründen bedauerlicherweise nicht möglich sei.(64).

Als Reaktion auf die Einwendung Kriegsmanns, daß die begleitenden Umstände nicht als solche, sondern nur in ihrer subjektiven Abspiegelung für die Schuld von Bedeutung sein könnten.(65), hat Frank in der

---

64) a.a.O., S. 532.

65) ZStW, Bd, 28 (1908), S. 713.

8./10. Auflage seines Kommentars seine ursprüngliche Auffassung der "normalen Beschaffenheit der begleitenden Umstände" durch die "normale Motivierung" ersetzt. Später ist in den 15./18. Auflagen von "Freiheit" oder "Tatherrschaft" die Rede (66).

Weder in der früheren noch in der späteren Auffassung hat Frank die Frage erörtert, nach welchen Maßstäben die Normalität der begleitenden Umstände bzw. der Motivierung zu beurteilen sei. Mit anderen Worten, in der Lehre Franks gibt es noch kein selbständiges normatives Schuldelement. Deshalb wird Frank von manchen Autoren, wie Wolf und Achenbach, nicht als Normativist im engeren Sinn betrachtet. Vielmehr sei er - so Achenbach - zusammen mit Beling als Begründer der Lehre vom normativen Charakter der Schuld im ganzen anzusehen (66a).

β) An die von Frank begründete neue Schuldauffassung knüpfte die These Goldschmidts an. Diese These, die im wesentlichen in seiner Schrift "Der Notstand, ein Schuldproblem" (1913) dargelegt wurde, hat er später in dem "Normativen Schuldbegriff" (1930) eingehender begründet. Zunächst weist Goldschmidt darauf hin, daß mit der "normalen Motivierung" oder den "begleitenden Umständen" Franks noch kein normatives Schuldelement vorhanden sei, denn die normale Motivierung sei nicht weniger als alle anderen Bestandteile der Schuld (Zu-

---

66) Dieser Ausdruck stammt eigentlich von Hegler, ZStW, 36, S. 190 ff.

66a) Vgl. Wolf, Strafrechtliche Schuldlehre, Mannheim, 1928, S. 47, Anm. 117 und S. 54, Anm. 128; Achenbach, a.a.O., S. 105.

rechnungsfähigkeit und Vorsatz oder Fahrlässigkeit) rein psychologischer Natur. "Normatives" Schuldelement - fügt er hinzu - müsse immer eine normative Beziehung des psychischen Tatbestandes sein (67). Was nichts anderes heiße, als daß die Motivation mit einem Wertmaßstab konfrontiert werden müsse. Dieser Maßstab werde von den Pflichtnormen geliefert, die er folgendermaßen charakterisiert:

"Neben jeder Rechtsnorm, die von dem einzelnen ein bestimmtes äußeres Verhalten fordert, steht unausgesprochen eine Norm, die dem einzelnen auferlegt, sein inneres Verhalten so einzurichten, wie es nötig ist, um den von der Rechtsordnung an sein äußeres Verhalten gestellten Anforderungen entsprechen zu können". Diese Norm (Pflichtnorm) ist nach Goldschmidt insoweit auch eine Rechtsnorm, als sie subjektiv stets aus dem Recht zu abstrahieren sei (68). "Sie gebietet, daß man sich regelmäßig durch die Vorstellung, daß die Willensbetätigung einen durch die Rechtsnorm verbotenen Erfolg herbeiführen würde, von der Willensbetätigung abhalten, und durch die Vorstellung, daß die Willensbetätigung einen durch die Rechtsordnung gebotenen Erfolg herbeiführen würde, zu der Willensbetätigung bestimmen lassen soll" (69). Inhalt dieser Pflichtnorm sei also: "Du sollst Dich durch die Vorstellung, daß deine Willensbetätigung einen rechtlich verbotenen Erfolg herbeiführen würde, davon abhalten, und durch die Vorstellung,

---

67) Normativer Schuldbegriff, S. 431.

68) Der Notstand, S. 17.

69) Ebenda.

daß deine Willensbetätigung einen rechtlich gebotenen Erfolg herbeiführen würde, dazu bestimmen lassen"(70). Quelle der Pflichtnormen sei das Billigkeitsrecht (71).

Die Pflichtnormen können eine absolute Befolgung nicht beanspruchen, den die Zumutbarkeit stelle die Grenze ihrer Geltung dar: "Die Pflichtnormen im weitesten Sinn ... ergeben die äußerste Grenze der an die Motivation gestellten Anforderungen, d.i. die Zumutbarkeit. Das trotz Zumutbarkeit Sichnichtmotivierenlassen durch die Pflichtvorstellung ist Pflichtwidrigkeit oder nach Franks Ausdruck Vorwerfbarkeit. Die Zumutbarkeit ist also ein Sollen, das aber immer ein Können voraussetzt. Dieses Können ist gegeben, sofern Tatherrschaft im Sinne Heglers vorliegt, also Zurechnungsfähigkeit, 'erkannte oder erkennbare Tragweite' (d.i. Vorsatz oder Fahrlässigkeit) und normale Motivierung. Die Zumutbarkeit findet mithin ihre Grundlage in dem gesamten psychischen Tatbestand." (72)

Die Zumutbarkeit als positives Schuldelement sei also mit der Summe der Voraussetzungen gleichzusetzen, unter welchen die rechtswidrige Tat vorwerfbar ist. Ihr gegenüber stehe die Unzumutbarkeit, bei der vom Täter nicht mehr erwartet werden könne, daß er sich durch die Pflichtvorstellung motivieren lasse. Ver-

---

70) Der Notstand, S. 20.

71) Der Notstand, S. 37.

72) Normativer Schuldbegriff, S. 441-2.

typte Fälle der Unzumutbarkeit seien die Entschuldigungsgründe, die eine Ausnahme von den Pflichtnormen darstellen. "Die Entschuldigungsgründe finden ihren Grund in einem subjektiv überwiegenden und gebilligten Motiv, in einer 'anormalen Motivierung', in einer Lage, in der 'dem Täter den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte' sich dem Pflichtmotiv zu fügen" (73). Die Entschuldigungsgründe beschränken sich aber nicht auf die gesetzlich typisierten Fälle, sondern sie erweitern sich darüber hinaus auf alle Fälle der Unzumutbarkeit, die somit als allgemeiner Entschuldigungsgrund anzusehen sei, und zwar sowohl bei Fahrlässigkeitsdelikten als auch bei Vorsatzdelikten. Die Anerkennung übergesetzlicher Entschuldigungsgründe beruhe auf dem Grundgedanken, "daß es Motive gibt, deren das Pflichtmotiv bei einem Durchschnittsmenschen überwiegende Stärke die Rechtsordnung anerkennen muß" (74). Und dann erklärt Goldschmidt weiter: "Natürlich sind rechtlich als überwiegend nur solche Motive anzuerkennen, die unter den gegebenen Umständen das Pflichtmotiv bei einem Durchschnittsmenschen überwunden hätten". Die normale Motivierung sei nicht wie bei Freudenthal nach den individuellen Eigenschaften und Fähigkeiten des Täters, sondern nach einem objektiven Maßstab zu bestimmen, d.h. es werde in Wahrheit von einem Sollen abhängig gemacht. 'Das Können der anderen wird für den Täter zum Sollen'" (75).

---

73) Der Notstand, S. 34. Goldschmidt kommt das Verdienst zu, als erster ein System der Entschuldigungsgründe entwickelt zu haben. So Achenbach, a.a.O., S. 118 ff.

74) Normativer Schuldbegriff, S. 452.

75) Normativer Schuldbegriff, S. 453.

Die Kritik an Goldschmidts Schuldlehre hat nicht auf sich warten lassen. Ganz entschieden wurde sie von Binding abgelehnt, der sie als "abstrus" bezeichnete und sich deshalb geweigert hat, sich mit dieser Lehre auseinanderzusetzen (76). In einem ähnlichen Sinn äußert sich Musotto, dem diese Lehre "gekünstelt und anstrengend" scheint (77).

Im einzelnen geht die Kritik an Goldschmidt vornehmlich in drei Richtungen. Zunächst hat Kriegsmann eingewandt, daß es dem Recht ganz gleichgültig sei, aus welchen Motiven der Rechtsunterworfene seine äußeren Rechtspflichten erfüllt, wenn er das nur tue (78). Darauf hat Goldschmidt erwidert, daß die Pflichtnorm keine "innere Lauterkeit der Gesinnung" fordere, sondern sie verlange nur, daß der einzelne sich von der Pflichtvorstellung motivieren lasse, sofern er nicht schon aus anderen Gründen zum rechtmäßigen Verhalten entschlossen sei (79).

Die schärfste Kritik an Goldschmidts Schuldauffassung richtete sich aber vor allem gegen die Selbständigkeit der Pflichtnormen, die als "reine Konstruktion" angesehen wurde (80). Einerseits wird diese Lehre als

---

76) Normen, Bd. IV (1919), S. 347.

77) Colpevolezza, dolo e colpa, 1939, S. 98. Anlaß dafür ist nach Musotto, daß Goldschmidt die Lehre Franks mißverstanden habe. Für Frank ist das normative Schuldelement die Vorwerfbarkeit selbst, d.h. die Mißbilligung des psychischen Tatbestandes.

78) ZStW, Bd. 35, 1914, S. 319. Auch Sauer, Grundlagen, S. 573.

79) Normativer Schuldbegriff, S. 433. Goldschmidt bestreitet, daß seine Pflichtnorm im Sinne des Kantschen kategorischen Imperativs zu verstehen wäre.

80) So Kriegsmann, ZStW, Bd. 35, S. 318.

transjuristisch bezeichnet, weil über das, was die Rechtsschuld ist, nur die Rechtsnormen zu entscheiden haben und nicht diejenigen Normen, die außerhalb des Rechts liegen. Andererseits würde die Selbständigkeit der Pflichtnormen gegenüber den Rechtsnormen zur dogmatischen Absurdität führen, da es Handlungen gäbe, die rechtmäßig aber pflichtwidrig seien (81). Den Grund für die fehlerhafte Konstruktion der Pflichtnormen sieht Henkel in der imperativistischen Rechtsauffassung Goldschmidts, der das Wesen der Rechtsnormen darin sehe, daß sie allein Befehle, Rechtsgebote oder Verbote enthalten. So sei eine Bewertung der Handlung nicht mehr möglich und sie müsse durch transjuristische Normen ermittelt werden, eben durch die Pflichtnormen (82). Im ähnlichen Sinn sagt v. Hippel: "Die Annahme besonderer Pflichtnormen neben den Rechtsnormen höhlt den Begriff der Rechtsnormen zunächst künstlich aus, um ihn dann ebenso künstlich wieder zu ergänzen" (83).

Von einem anderen Ansatzpunkt aus kritisiert v. Weber die Pflichtnormen als überflüssig, denn "wenn eine Rechtsnorm, die ein Verhalten einer Person fordert, zu einer praktischen Betätigung dieses Verhalten führen soll, so muß sie als Motiv in ihr wirksam werden. Denn allein Motive bestimmen menschlichen

---

81) So Liszt-Schmidt, 25. Aufl., S. 210-1; Mezger, Lehrbuch, S. 255-6; Sauer, Grundlagen, S. 572; Henkel, Notstand, S. 66 ff.; v. Weber, Notstandsproblem, S. 8.

82) a.a.O.

83) Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 276, Anm. 3.

Willen. Dabei verändert sich der Inhalt der Rechtsnorm nicht. Wenn hier der Unterschied von äußerem und innerem Verhalten als Gegensatz anklingt, so handelt es sich doch nicht darum, daß eine dem äusseren Verhalten entsprechende innere Gesinnung gefordert wird; vielmehr soll nur der Wille als innere Ursache des äußeren Verhaltens auf Verwirklichung dieses Verhaltens gerichtet werden. Zum Inhalt der Rechtsnorm gehört als notwendige Ursache ihrer Verwirklichung die Forderung entsprechender Motivation" (84). Im gleichen Sinn sagt von Hippel: "Jeder Befehl, daher auch die Gebote bzw. Verbote des Rechts, fordern ein entsprechendes äußeres und inneres Verhalten. Denn ohne letzteres ist ersteres unmöglich" (85).

γ) In der Zeit zwischen den beiden Beiträgen Goldschmidts erschien Freudenthals Schrift "Schuld und Vorwurf" (1922), in welcher er einen extrem individualisierenden Schuldbegriff vorschlug. Auch Freudenthal hat die These Franks als Ansatzpunkt für seine eigene Schuldlehre genommen.

Er kritisierte die Auffassung, die Frank in seinen späteren Werken vertrat, weil er darin statt von "begleitenden Umständen" von "motivierender Bedeutung" oder "normaler Motivierung" sprach. Damit

---

84) a.a.O.

85) a.a.O., S. 276.

habe er nach der Meinung Freudenthals seine Schuldauffassung subjektiviert und gleichzeitig den wichtigsten Schritt zurückgetan, den Frank in seinem Aufbau getan hatte, indem der die normale Beschaffenheit der Begleitumstände zum Schuldelement machte (86). Der Fehler Franks sei, daß die Begleitumstände keineswegs als Schuldelemente neben Vorsatz und Fahrlässigkeit liegen, sondern als Schuldbestandteile in Vorsatz und Fahrlässigkeit, die in Wahrheit Schuldarten seien (87).

Sei es die Schuldtheorie von Frank, Beling oder Mayer - so sagt Freudenthal -, "stets ist damit die Mißbilligung ausgesprochen, daß der Täter sich so verhalten hat, während er sich anders hätte verhalten sollen und können". Wann es am Können fehle, lasse sich aber generell nicht sagen, sondern sei Frage tatsächlicher Feststellung im Einzelfall. "Liegen die Begleitumstände in concreto so, daß zur Nichtbegehung der Straftat ein Maß von Widerstandskraft gehört hätte, wie man es normalerweise niemandem zumuten kann, so fehlt es mit dem Können am Vorwurf und mit dem Vorwurf an der Schuld" (88). Das erkenne man bei der Fahrlässigkeit ohne Bedenken, beim Vorsatz aber nicht. Die Erklärung dafür liege in dem erst spät geklärten Begriff des Vorsatzes. Freudenthal kommentiert dann einige Entscheidungen des Reichsgerichts, in denen die Fahrlässigkeit verneint wurde, weil es dem Täter nicht zuzumuten sei, die Tat zu

---

86) Schuld und Vorwurf, S. 5.

87) Ebenda.

88) a.a.O., S. 7.

vermeiden: E 30, 25 (Leinenfängerfall); E 36, 78 (Fall des Vaters, der seine kranke Tochter nicht rechtzeitig ins Krankenhaus gebracht hatte, weil das Kind ihn darum gebeten hat und er es seiner verstorbenen Frau versprochen hatte); E 36, 340 (Frage nach dem Verschulden eines notwendigen Aborts durch Geschlechtsverkehr), u.v.a. Daraus zieht Freudenthal die Folgerung, daß, was der Fahrlässigkeit recht sei, dem Vorsatz nicht unbillig sein sollte. Wenn Unvermeidbarkeit in dem bisher festgestellten Sinn die Fahrlässigkeit ausschließe, so müsse sie erst recht dem Vorsatz im Wege stehen. Und doch werde von der Rechtsprechung wie von der Wissenschaft die Zumutbarkeit der Nichtbegehung nicht zur Voraussetzung der Annahme des Vorsatzes gemacht (89).

Freudenthal fragt, wie das Reichsgericht entschieden hätte, wenn statt Fahrlässigkeit dolus eventualis vorgelegen haben würde: so wenn der Kutscher den Dienstherrn gewarnt hätte, daß wegen des Fehlers des Pferdes ein Unfall passieren könne, der Dienstherr aber auf seinen Befehl bestanden und mit Entlassung gedroht hätte, falls der Kutscher sich weigere, die Fahrt zu machen. Hier hätte das Gericht den Vorsatz bejaht, meint Freudenthal, und er fügt noch hinzu: "Man vergißt, daß die schwerere Schuldart so wenig wie die leichtere erfüllt sein kann, wo lediglich die psychische Seite ... gegeben ist. Das ethische Schuld-

---

89) a.a.O., S. 15-16.

element steht freilich nicht im Gesetz. Es liegt aber im Wesen der Schuld, also auch im Wesen jeder Schuldart, also auch in dem des Vorsatzes". Nach dieser Erkenntnis sei der Vorsatz folgenderweise zu definieren: "Vorsätzlich handelt, wer die Pflichten bewußt außer Acht läßt, zu deren Erfüllung er nach den Umständen imstande ist, und infolgedessen den Tatbestand der strafbaren Handlung mit Wissen und Willen verwirklicht" (psychische und ethische Seite des Vorsatzes). Die Zumutbarkeit ist nach der Meinung Freudenthals also ein Element sowohl des Vorsatzes wie der Fahrlässigkeit. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind infolgedessen nicht gegeben, wenn die Tat den Umständen nach nicht zumutbar ist.

Aus dieser Auffassung der Schuld ergibt sich, daß die Schuld über die gesetzlichen Entschuldigungsgründe hinaus immer dann entfalle, wenn es an der ethischen Komponente der Schuld fehle, d.h., wenn es dem Täter den Umständen nach nicht zumutbar sei, die rechtswidrige Tat zu vermeiden. Kriterium der Unzumutbarkeit sei das individuelle Können im Einzelfall, wobei alle Eigenschaften und persönlichen Umstände des Täters berücksichtigt werden sollen. So hat Freudenthal auch im Fall des sizilianischen Mädchens (89a) eine Entschuldigung befürwortet. Es hat-

---

89a) Es handelt sich um einen Fall, der vom Supreme Court von New York entschieden wurde: Ein Auswandererehepaar aus Sizilien hat seine zwölfjährige Nichte aus Sizilien geholt. Das Mädchen wurde vom Onkel verführt und wurde seine Geliebte. Über diese Beziehungen hat die Tante Kenntnis gehabt. Jahre später hat das Mädchen einen jungen Mann (auch Sizilianer) geheiratet. Die Tante wollte sich jetzt an der Nichte rächen und erzählte dem Ehemann über die Beziehungen, die seine Frau zu ihrem eigenen Mann gehabt hat. Der junge Mann verließ seine Frau. Um ihre Ehre wieder herzustellen, glaubte die junge Frau verpflichtet zu sein, Onkel und Tante zu töten. Das Supreme Court hat sie freigesprochen.

te aus Rachegefühl Doppelmord begangen, weil in dem kulturellen Milieu, in dem sie aufgewachsen war, der Verzicht auf Rache als ehrverletzend angesehen wird, weshalb es für sie unzumutbar gewesen sei, die Begehung der Morde zu vermeiden.

Diese Schuldlehre ist auf starke Kritik gestoßen. Es wird an ihr vor allem eine Ethisierung des Rechts gerügt, aber auch daß sie zu einseitig auf das individuelle Können abstelle, ohne Rücksicht auf die Allgemeinheit zu nehmen. So sagt z.B. Siegert, daß diese These den Schuldvorwurf lediglich auf das individuelle Können abstelle, das Sollen aber vernachlässige (90). Wolf charakterisiert die Schuldlehre Freudenthals als "den Gipfel der ethischen Individualisierung des Strafrechts, denn letztlich ist es nicht die transzendentale und nicht die billig zu erwartende, sondern allein die höchstpersönliche Pflichtenabwägung, auf deren Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit sein Schuldbegriff gegründet ist" (91). Und Liepmann meint seinerseits, daß die Unzumutbarkeit so verstanden zu einer Relativierung der Rechtsnormen führe, die eine "Aushöhlung und Verweichlichung staatsbürgerlicher Pflichten" befürchten lasse (92). Ferner bedeute diese Schuldauffassung eine Kapitulation der Gesellschaft vor dem Verbrechen, denn, wie Maurach sagt, führe diese Lehre letzten

---

90) Notstand und Putativnotstand, S. 47.

91) a.a.O., S. 65.

92) Liepmann, ZStW, Bd. 43 (1922), S. 710-713.

Endes zu dem Prüfungsrecht des Einzelnen, ob die staatliche Norm nicht nur mit einem allgemein anerkannten ethischen Empfinden, sondern mit der Individualethik des Handelnden vereinbar sei. Das bedeute aber das Ende der Rechtsgeltung (93).

Von einem anderen Ansatzpunkt aus wird die Übertragung des Vermeidenkönnens aus dem Bereich der Fahrlässigkeit in den des Vorsatzes für unzulässig erklärt, da das Vermeidenkönnen in beiden Fällen ganz unterschiedliche Bedeutung habe. Einmal bedeute es, wie Schumacher und Engisch erörtern, die geistige und körperliche Fähigkeit, den gesetzwidrigen Erfolg zu vermeiden. Es bedeute aber auch das "Übersherzbringen-Können", das ethische Können. Freudenthal habe nur diese zweite Bedeutung gemeint, wobei er nach der Meinung Engischs die Grenzen zwischen Vermeidbarkeit und Zumutbarkeit verwischt habe (94).

δ) Auf der Basis der Goldschmidtschen Schuldlehre bauen Eb. Schmidt und Mezger ihre eigenen auf, die als Verfeinerung und Weiterentwicklung der ersteren gelten. Wie schon oben gesagt wurde, lehnen beide die Pflichtnorm Goldschmidts als etwas gegenüber dem Recht selbständiges ab und weisen ihre motivierende Funktion den Rechtsnormen zu. Dem Recht seien

---

93) Kritik der Notstandslehre, S. 133, Anm. 566. Ähnlich Schumacher, Wesen der Strafrechtsschuld, S. 67 ff.

94) a.a.O., S. 84. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 444.

zwei verschiedene und gleich wichtige Funktionen zuzuschreiben: einmal sei es Bewertungsnorm, indem es einen objektiven Wertmaßstab für die Handlungen der einzelnen Gemeinschaftsglieder darstelle. An den Bewertungsnormen gemessen ergebe sich die menschliche Handlung als rechtmäßig oder rechtswidrig, je nachdem, ob sie sich in die objektiven Anforderungen des Rechts einfüge oder nicht. Neben die Funktion des Rechts als Bewertungsnorm trete seine Funktion als Bestimmungsnorm. Was die Bestimmungsnorm sei, erklärt Eb. Schmidt folgendermaßen: "Das Recht wendet sich ... an die Seele des Einzelnen und sagt ihm, was sein soll und was nicht sein soll. Indem es die eine Handlung als rechtsmäßig, die andere als rechtswidrig wertet, verleiht es den auf diese Handlungen sich beziehenden Vorstellungen des Einzelnen eine Wert- und Gefühlsbetonung, die im Motivationsprozeß eine entscheidende Rolle zu spielen vermag und nach dem Willen der Rechtsgemeinschaft regelmäßig auch spielen soll. Nur dieser Wirkung der Rechtsnorm in den Vorstellungen und Motiven des einzelnen Gemeinschaftsgliedes ist es zuzuschreiben, daß der Mensch sich 'richtet' nach etwas, was er soll, daß er sich pflichtgemäß zu verhalten vermag. Bezogen auf das innere 'sich richten' des Einzelnen bezeichnen wir das rechtliche Sollen als Pflicht. Damit ist einmal die in der Vorstellung des Einzelnen hervorgerufene soziale Wertvorstellung, sodann aber auch jener 'sozialpsychische Zwang' zum Ausdruck gebracht, der, von der Rechtsordnung ausgehend, unmittelbar als Bestimmungsgrund mit den sonstigen Motiven des Täters in Wettstreit tritt" (95).

---

95) Liszt-Schmidt, 26. Aufl., S. 223.

Mezger charakterisiert die Bestimmungsnorm als eine von der Bewertungsnorm abgeleitete und imperativ an den Einzelnen gerichtete Norm. Die logische Priorität gehöre der Bewertungsnorm, denn ohne sie gebe es keine Bestimmungsnorm; jene sei die logische Voraussetzung dieser (96).

Im übrigen folgt die Schuldlehre dieser beiden Autoren den Grundsätzen der Goldschmidtschen Auffassung: Ob dem Täter ein rechtmäßiges Verhalten zugemutet werden dürfe, sei in jedem einzelnen Fall besonders zu prüfen. Es komme dabei darauf an, ob sich der Täter angesichts der Gesamtsituation, in welche seine Handlung fällt, in einem solchen seelischen Druck befunden habe, daß ein Funktionieren der Rechtsnorm als Bestimmungsnorm erfahrungsgemäß nicht mehr zu erwarten sei. Eine Prüfung des Stärkeverhältnisses der zur Tat hintreibenden und der von ihr zurückhaltenden Motive sei also geboten, und zwar unter dem Gesichtspunkt, ob sich in dieser Situation erfahrungsgemäß jedermann so verhalten hätte, wie der Täter sich tatsächlich verhalten hat. Dabei werde weder ein besonderer seelischer Heroismus verlangt, noch eine besondere seelische Schwäche berücksichtigt, vielmehr solle der beurteilende Richter einen Durchschnitts-Staatsbürgertyp als Maßstab für die Zumutbarkeit nehmen. Die Entschuldigungsgründe seien gesetzlich vertypte Situationen übermäßigen seelischen Druckes, bei denen der Richter angewiesen ist, die Nichtzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens unwiderleglich zu

---

96) Lehrbuch, S. 256. Früher schon in GeS. Bd. 89, S. 245 ff. Auf diesen Unterschied zwischen bewertender und bestimmender Funktion des Rechts, die jeweils den Maßstab für das Rechtswidrigkeits- und das Schuldurteil liefern, stellen auch Henkel (Notstand, S. 67-68) und Heinitz (Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, 1926, S. 16 ff.) ab.

vermuten (97). Bei Mezger ist zu bemerken, daß die ursprünglich großzügige Auffassung der Unzumutbarkeit als übergesetzlicher allgemeiner Entschuldigungsgrund in den späteren Schriften viel zurückhaltender dargelegt und praktisch aufgegeben wird. So sagt er im Studienbuch, daß die allgemeine Fassung des Gedankens der Nichtzumutbarkeit die Gefahr einer zu weitgehenden Entschuldigung tatbestandsmäßigen Handelns in sich schließe und daher besser zu vermeiden sei (98),

bb) Kritische Betrachtung dieser Lehre

Zunächst sind der Sinn und die Grundgedanken der normativen Schuldlehre noch einmal kurz zusammenzufassen. Der Sinn der neuen Schuldauffassung ist, die Schuld nicht nur in Vorsatz und Fahrlässigkeit zu sehen, sondern vielmehr, wie dies entsprechend schon im Bereich der Rechtswidrigkeit geschehen ist, einen materiellen Schuldbegriff zu erarbeiten, d.h. einen solchen, der nicht durch gesetzliche Merkmale charakterisiert wird; sondern seinem Wesen nach bestimmt ist. Dieses Wesen wird bald in der Vorwerfbarkeit (auch Tadelhaftigkeit), bald in der Pflichtwidrigkeit gesehen. Die Schuld sei daher ein Urteil, das die Eigenschaft der Tat als vorwerfbar oder pflichtwidrig ausspricht. Die Folgerung aus dieser Erkenntnis ist, daß eine Handlung schuldhaft ist, wenn sie (und nur dann) vorwerfbar oder pflichtwidrig erscheint. Das ist aber eine andere Frage als die nach dem Vorliegen von Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit

---

97) Eb. Schmidt, a.a.O., S. 283-4..

98) Studienbuch, 8. Aufl. München, 1958, S. 199.

im Sinne eines psychologischen Schuldbegriffs, denn letzteres allein entscheidet noch nicht über das Vorhandensein der Schuld. Es gibt in der Tat Handlungen (wie es beim Notstand der Fall ist), bei denen trotz der Bejahung des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit das mißbilligende Schuldurteil nicht ausgesprochen werden darf, weil sie nicht vorwerfbar sind. Wann ist eine Handlung vorwerfbar? Die Antwort lautet: Wenn sie zumutbar ist. Und wann ist eine Handlung zumutbar? Eine Handlung ist zumutbar, wenn der Täter den Umständen nach in der Lage war, dem Recht zu gehorchen, wenn er also im Sinne der Rechtsnorm hätte handeln können. Das Kriterium für die Entscheidung, wo die Grenze zwischen der Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit liegt, m.a.W., bis zu welcher Grenze die Rechtsordnung von den Rechtsunterworfenen Befolgung in Anspruch nehmen darf, kann einerseits individual-ethisch (Freudenthal) oder sozial-statistisch (Goldschmidt, Eb. Schmidt, Mezger) sein.

Eine kritische Analyse dieser Gedanken ergibt folgendes:

Was zunächst die Bezeichnung "normativ" betrifft, so ist dieser Ausdruck nicht sehr glücklich, denn er weist nicht eindeutig darauf hin, was darunter zu verstehen ist. Wenn er das Inbeziehungsetzen der Wirklichkeit zu den Normen bedeuten soll, ist er zu weit, da dieses Merkmal dem Recht in seiner Ganz-

heit zuzuschreiben ist (99). Auch Maurach meint, daß der Begriff des "Normativen" in der Schuldlehre in verschiedener Bedeutung verwendet werde: Im herrschenden Sinn sei normativ jede Auffassung, die im psychischen Verhalten des Täters einen normativ-bewerteten Sachverhalt sehe, die ein Werturteil über den Täter mit der Betrachtung der Täterpsyche verbinde, die die Schuld als Vorwerfbarkeit, Tadelhaftigkeit, Pflichtwidrigkeit oder Unwert des Täters zu begreifen suche. Der überwiegende Teil der Normativisten verlege die normative Funktion der Schuld in das Gesetz und sei geneigt, in bestimmten, stets gesetzlich typisierten Fällen eine gesetzliche Vermutung des Fortfalles der Vorwerfbarkeit anzunehmen. Der geringere Teil der Normativisten begnüge sich nicht mit der gesetzlichen Vermutung, sondern fordere darüber hinaus, daß der Richter im einzelnen Fall über das Vorliegen der Vorwerfbarkeit zu entscheiden habe. Sowohl die einen als auch die anderen nennen sich aber "Normativisten" (100). Aus rechtsphilosophischer Sicht kritisiert in Italien Scarano die Konstruktion des normativen Schuldelements bei Goldschmidt. Dieser Autor warnt vor einer Verwechslung zwischen "normativ" und "normal", wobei das erstere

---

99) In diesem Sinn Petrocelli, a.a.O., S. 105. Auch Nowakowski meint, daß auch die psychologische Schuldauffassung nicht unabhängig von den Rechtsnormen und insofern gleichfalls normativ sei (Schw.ZSt, 1950, S. 303.

100) Kritik der Notstandslehre, S. 120. Im gleichen Sinn auch Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 23.

auf ein Sollen (Pflicht), das letztere aber auf das Sein (Wirklichkeit) hinweise. Gerade diesem Mißverständnis ist Goldschmidt nach der Meinung Scaranos erlegen, wenn er bei der Konstruktion des Schuldbegriffes die Verletzung einer Pflicht berücksichtige, bei der Erörterung der Zumutbarkeit dagegen als Kriterium für ihre Anerkennung lediglich auf einen Durchschnittsmenschen abstelle. Hier sieht Scarano eine Inkonsequenz, denn nach dem Kant'schen Grundsatz kann ein Sollen niemals aus dem Sein abgeleitet werden: wenn die meisten Menschen in gewissen Situationen in einer bestimmten Weise reagieren, heißt es noch nicht, daß diese Verhaltensweise positiv zu bewerten sei (101). Freilich kann diese Kritik nur dann gelten, wenn das Sollen im ethischen Sinn als Absolutes verstanden wird, nicht aber für das Recht, das immer den "wirklichen Menschen" vor Augen haben soll. Trotz dieser Einwände hat sich der Ausdruck "normative Schuldlehre" durchgesetzt und ist heute kaum wegzudenken (102).

---

101) Scarano, a.a.O., S. 35-36. In diesem Sinn auch Nowakowski, a.a.O., S. 311.

102) Heute unterscheidet man innerhalb der normativen Schuldlehre zwischen einem komplexen (Frank und seine Anhänger) und einem rein wertenden Schuldbegriff. Das letztere - nach Maurach die erste wirklich normative Schuldkonstruktion - ist von allen subjektiv-psychologischen Schuldelementen befreit worden und enthält allein die Beurteilung des Motivationsprozesses (siehe Maurach AT, §30 II A 2; auch Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, S. 43-44).

Was den Inhalt dieser Lehre betrifft, bedarf vor allem die Gleichsetzung von Schuld und Vorwerfbarkeit einer genaueren Betrachtung. In dieser Gleichsetzung steckt stillschweigend auch die Behauptung, die Schuld sei ein Urteil, und zwar dasjenige, das die Vorwerfbarkeit der Handlung ausspricht. Als extreme Auffassung dieser Gleichsetzung kann man die folgenden Worte Bergs zitieren: "Die Schuld ist überhaupt nichts in der Wirklichkeit Vorhandenes, keine vom Beurteiler vorgefundene Tatsache, vielmehr ist sie lediglich im Intellekt des urteilenden Subjekts vorhanden" (103). Diese unglückliche Äußerung Bergs beruht auf einer ähnlichen Behauptung Franks, die zu dem Einwand veranlaßt hat, die Schuld, so verstanden, würde nicht im Kopf des Täters sondern im Kopf anderer stecken (104). Andere Autoren, wie Mittermeier und Hirschberg setzen die Vorwerfbarkeit mit dem tatsächlichen Aussprechen des Vorwurfs gleich. So sagt Mittermaier, daß die Schuld auch ohne ein Urteil über sie denkbar sei (105). Und Hirschberg sagt seinerseits: "Entweder ein Verhalten ist schuldhaft, dann ist es dies unabhängig davon, ob es ein anderer bemerkt und das Schuldurteil

---

103) Vgl. Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht, Breslau 1927, S. 53. Diese ist freilich nicht die h.M. unter den Anhängern der normativen Schuldlehre, sondern diejenige, die in der Schuld ein Werturteil über einen psychologischen Sachverhalt anerkennt, so daß zwischen einem Schuldsachverhalt und einem Schuldurteil zu unterscheiden sei. So Mezger, Lb. S. 348 und neuerdings Baumann, Grundbegriffe und System des Strafrechts, 4. Aufl. 1972, S. 94-95.

104) So Rosenfeld, ZStW, Bd. 32 (1911), S. 469.

105) Kritische Beiträge zur Lehre von der Strafrechtsschuld, Gießen, 1909, S. 31.

fällt, oder das Verhalten ist nicht schuldhaft, dann bleibt der Täter schuldlos, selbst wenn jemand irrtümlich das Schuldurteil fällen sollte" (106).

Dieser Einwand beruht auf einem Mißverständnis der normativen Schuldlehre und verdient insofern keine weitere Beachtung.

Gegen die inhaltliche Definition der Schuld als Vorwerfbarkeit hat man zunächst eingewandt, daß sie eine Tautologie sei (107). In ähnlichem Sinn meint Petrocelli, daß mit der Behauptung, die Schuld sei Vorwerfbarkeit, genausowenig erreicht werde, wie wenn man sagt, das schadenstiftende rechtswidrige Verhalten sei "bedauerlich" (108). Heutzutage wird eine Tautologie nicht mehr angenommen, sondern ein Unterschied zwischen beiden Begriffen gemacht. So sagt z.B. Lenckner, daß Schuld nicht identisch mit Vorwerfbarkeit, sondern deren Voraussetzung sei: nur weil der Täter schuldig gehandelt habe, könne ihm ein Vorwurf gemacht werden. Die Vorwerfbarkeit könne deshalb nur eine Folge der Schuld sein, nicht aber diese selbst. Während die Vorwerfbarkeit ein bloßes Urteil sei, sei die Schuld - wie das Unrecht - etwas Substantielles, das vorwerfbare Ver-

---

106) Schuldbegriff und adäquate Kausalität, 1928, S. 66.

107) So z.B. Rosenfeld, ZStW, Bd. 32 (1911), S. 467.

108) a.a.O., S. 103.

halten selbst (109).

Die Kritik richtet sich aber vor allem auch gegen die Unzumutbarkeit als allgemeinen übergesetzlichen Entschuldigungsgrund, die, wie zu Dohna gesagt hat, "gleich einem Meteor den Horizont erleuchtete, um nach kurzer Frist wieder in das Dunkel hinabzutauchen" (110).

Zunächst ist die Unzumutbarkeit terminologisch mißverständlich, weil sie keinen Dispens von der Befolgung der Rechtsnormen bedeutet (111). In diesem Sinn auch Schmidhäuser: "Die Unzumutbarkeitsformel erweckt den leidigen Eindruck, als nehme die Rechtsordnung ihre eigene Forderung hier nicht so ganz ernst und schränke bei der Schuld sozusagen wieder ein, was sie beim Unrecht verlangt" (112).

---

109) Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, S. 39 ff. Im gleichen Sinn Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., Heidelberg, 1976, S. 181; Stratenwerth, Schuld und Sühne (in Evangelische Theologie, 1958, S. 338); Schmidhäuser, AT., S.181; Baumann, Grundbegriffe und System des Strafrechts, 4. Aufl., 1972, S. 94-95; Roxin, Henkel-Festschrift, 1974, S. 171-2. In Spanien vertritt diese Auffassung, Peneda, Julián, S.J., El concepto normativo de la culpabilidad (en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Madrid, 1949, S. 21 ff.).

110) Zitat bei Maurach, AT, S. 389.

111) So Lenckner in Schönke-Schröder, Vorbem. §§32 ff., Anm. 110, S. 421.

112) AT. S. 461. Ähnlich Gallas, Festschrift für Mezger, 1954, S. 323: "Dieselbe Rechtsordnung würde dem Täter ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht machen und ihn gleichzeitig von der Pflicht entbinden, sich innerlich danach zu richten; das objektiv Gesollte würde subjektiv auf das generell Gekonnte reduziert".

Inhaltlich resultieren die Bedenken gegen die Unzumutbarkeit aus drei verschiedenen Ansatzpunkten. An erster Stelle ist die Unzumutbarkeit mit der Frage nach der Rechtsgeltung zu konfrontieren. Dieses Problem ist von Schaffstein ausführlich erörtert worden (113). Dieser Autor sagt, daß jener Satz, die normative Geltung des Rechts als Bestimmungsgrund finde ihre Grenze in dem psycho-physischen Können des Durchschnittsstaatsbürgers, eine Auffassung zur Voraussetzung habe, welche die Geltung des Rechts als ein psychologisches oder soziales Phänomen ansehe und sie in der "Faktizität" des Rechts, d.h. seiner sozial-psychologischen Wirksamkeit suche. Aber die für den Juristen allein maßgebliche ideelle oder normative Geltung der Rechtsnormen könne niemals auf deren tatsächliche oder soziale Geltung zurückgeführt werden, denn die Rechtsnormen und ihr Geltungsanspruch seien 'logisch das Primäre', während ihre tatsächliche Wirksamkeit im sozialen Leben ihre Geltung schon voraussetze und sie darum nicht erst begründen könne (114).

In diese Richtung geht auch die Kritik Maurachs. Nach ihm ergebe sich eine erhebliche Relativierung der motivierenden Kraft des Gesetzes, wenn man anstatt des "du sollst" das "du sollst ... falls die anderen es können" setze. Hier trete das Durchschnittsverhalten an Stelle des Gesetzes: das Verhalten der großen Masse entscheide, ob Verstöße ge-

---

113) Die Nichtzumutbarkeit als allgemein übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund, Leipzig, 1933.

114) a.a.O., S. 37-38.

gen das Recht überhaupt noch zu ahnden seien oder nicht (115).

In diesem Sinn äußert sich auch Petrocelli. Er sagt, daß der ausschlaggebende Einwand gegen das Kriterium des Durchschnittsmenschen sei, daß dieses niemals verwendet werden könne, wenn es darum gehe, die Normativität selbst zu begründen, d.h. die Grenze zwischen Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit der Rechtsbefolgung zu ziehen (116).

Von der Seite der Normadressaten her gesehen erheben sich gegen die Unzumutbarkeit generalpräventive Bedenken, da durch die Einführung der Zumutbarkeit als Schuldelement die psychologische Zwangswirkung der Strafrechtsordnung mehr oder minder verloren gehen würde (117).

Von einem anderen Gesichtspunkt aus wird gegen die Unzumutbarkeit geltend gemacht, daß sie tautologisch und inhaltslos sei. Schon früher hat v. Weber auf diese Frage aufmerksam gemacht (118). Nach der Unzumutbarkeitslehre - so v. Weber - sei der Notstandstäter straflos, weil ohne Schuld, wenn die Gefahr ihn

---

115) Kritik der Notstandslehre, S. 152.

116) a.a.O., S. 151.

117) Dieser Meinung sind Liepmann, a.a.O.; Großmann, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Hamburg, 1924, S. 11; Schumacher, a.a.O., S. 67 ff.; Hirschberg, a.a.O., S. 18; Schaffstein, a.a.O., S. 42 ff.; v. Hippel, Lehrbuch, II, S. 275; Sauer, Frank-Festausgabe, I, S. 228; Gerland, Lb., S. 216.

118) a.a.O., S. 9. So auch Roxin, Henkel-Festschrift, S. 173.

entschuldige. Das Unterlassen der Nottat werde ihm nicht zugemutet, wenn es ihm nicht zugemutet werden könne. Es sei aber ja gerade die Frage, wann Not und Gefahr eine Pflichtverletzung entschuldigen, d.h., welche Umstände die Zumutbarkeit ausschließen.

Die Unbestimmtheit und Inhaltslosigkeit der Unzumutbarkeit ergeben sich aus dem Mangel an Kriterien oder Maßstäben, nach denen sie feststellbar wäre. Wo liegt denn die Grenze zwischen den normalen und anormalen Umständen? Anhand welcher Kriterien kann man "das subjektiv Überwiegende und gebilligte Motiv" erkennen? Welches Maß von Widerstandskraft ist zuzumuten; wo hört der Heroismus auf und wo beginnt die Schwäche? Von der individual-ethischen Unzumutbarkeitsformel Freudenthals ganz abgesehen - die mit Recht entschieden abgelehnt worden ist -, bietet auch das Kriterium des Durchschnittsbürgers keine annehmbare Lösung dieser Fragen, denn ein so abstrakter Typ stößt bei der Anwendung in der Praxis auf erhebliche Hindernisse. Der Begriff des Durchschnittsmenschen hat einen sehr diffusen Charakter und läßt sich sehr schwer ermitteln. Diese Schwierigkeiten haben Schumacher dazu veranlaßt, von einem "legendären Durchschnittsmenschen" zu sprechen (119).

Wegen der Inhaltslosigkeit dieser Formel ist anzunehmen, daß der Richter die Frage nach dem Durchschnittsverhalten so entscheiden wird, wie er selbst unter den gleichen Tatumständen reagieren würde.

---

119) a.a.O., S. 31.

Dann ist aber der Maßstab des Durchschnittsverhaltens nur scheinbar objektiv, denn letzten Endes ist es die höchst persönliche Wertung des Richters, die darüber entscheidet, ob der Täter schuldhaft gehandelt hat oder nicht. Dann wäre die Unzumutbarkeitsformel als eine Generalklausel oder Blankettnorm zu verstehen, die der Richter in jedem Fall nach der Eigentümlichkeit der gegebenen Umstände auszufüllen hat. Nach diesem Verfahren ist man also der richterlichen Willkür ganz ausgeliefert, was für die besonders im Rahmen des Strafrechts so wichtige Rechtssicherheit eine große Gefahr bedeuten kann. Wegen ihrer Unbestimmtheit und Leere, die sie unpraktikabel macht, wird die Unzumutbarkeit als selbständiger Entschuldigungsgrund von der modernen Strafrechtsdogmatik entschieden abgelehnt (120).

Schließlich weist Maurach darauf hin, daß die Annahme einer übergesetzlichen Entschuldigung nicht ohne weiteres analog zur übergesetzlichen Rechtfertigung erfolgen könne, da in beiden Fällen verschiedene Gedankengänge maßgeblich seien. Das Unrechtsurteil ergebe

---

120) So Schaffstein, a.a.O.; H. Mayer, AT (Studienbuch, 1967), S. 135; Henkel, Mezger-Festschrift, S. 295; Bockelmann, AT, S. 126; Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, S. 69, und in Schönke-Schröder vor §32, Rdn. 110; Stratenwerth, AT, S. 181; Wessels, AT, S. 79. In Italien Antolisei, Manuale di diritto penale, 1960, S. 226-7; Bellavista, a.a.O., S. 87; Molari, Profili dello stato di necessità, Padova, 1964, S. 46 ff.; Petrocelli, a.a.O., S. 144; De Miguel Garcilópez, Adolfo: Panorama de la culpabilidad en la dogmática contemporánea (Anuario de Derecho penal y ciencias penales, 1952, S. 54, Anm. 5). In Chile vor allem Novoa, Curso de Derecho penal chileno, Santiago, 1960, S. 563.

sich aus der gesamten Rechtsordnung, weshalb es für das Strafrecht praktisch unmöglich sei, alle Fälle des Unrechtsausschlusses zu vertypen. Ganz anders sei es aber bei der Schuld, da sie einen rein strafrechtlichen Begriff darstelle; deswegen sei es auch allein die Aufgabe des Strafrechts, ihr Vorhandensein wie ihr Fortfallen zu regeln (121). Zum Schluß ist darauf hinzuweisen, daß die Zumutbarkeitslehre als ein Produkt ihrer Zeit zu verstehen ist. Sie fügt sich in eine geistige Bewegung der ersten Jahrzehnte dieses Jahrhunderts ein, nämlich in den Individualismus, der durch das Bestreben nach dem Hervorheben des Individuums gegenüber der Gesellschaft gekennzeichnet war und infolgedessen die Freiheitssphäre des Einzelnen auf Kosten einer Beschränkung der staatlichen Macht zu erweitern versuchte. Daß diese Lehre den Staat und die Rechtssicherheit auf einen schwankenden Boden bringen mußte, liegt auf der Hand (122). Andererseits stellt die Lehre der Zumutbarkeit den Versuch dar, das Recht auf seine ethische oder soziologische Basis zurückzuführen, um dadurch eine gerechte Lösung für die Fälle zu erreichen, in denen die vom Recht gebotene Lösung nicht billig erscheint. Das wird vor allem bei Freudenthal sehr deutlich. Daher haben manche Autoren, wie Schumacher und Wolf, eine gewisse Verwandtschaft zwischen der Zumutbarkeitslehre und der Freirechtsbewegung gesehen (123).

---

121) Kritik der Notstandslehre, S. 129-130. Auch AT, S. 390. Im gleichen Sinn auch Roxin, a.a.O., S. 17

122) Schaffstein, a.a.O., S. 64 u. 80; Schumacher, a.a. S. 111 ff.

123) Vgl. Schumacher, a.a.O., S. 111 ff; Wolf, a.a.O., S. 57-58.

cc) Der heutige Stand der Unzumutbarkeitslehre

Aufgrund der oben erwähnten Einwände gegen die Unzumutbarkeit hat sich allmählich die Auffassung durchgesetzt, die heute als absolut herrschende Meinung gilt, daß nämlich das Prinzip der Unzumutbarkeit kein allgemeiner übergesetzlicher Entschuldigungsgrund sei. Vielmehr sei es allein die Aufgabe des Gesetzgebers, die Fälle des Fortfallens des Schuldvorwurfs festzulegen, und zwar durch eine Vertypung der erfahrungsgemäß häufigsten Situationen, in denen der Täter einem Motivationsdruck ausgesetzt ist (124). Das gilt uneingeschränkt für die vorsätzlichen Begehungsdelikte, bei Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten hat die Unzumutbarkeit dagegen eine größere Reichweite: hier kann sie zu einer übergesetzlichen Entschuldigung führen, wenn vom Täter im konkreten Fall ein anderes Verhalten nicht zu erwarten wäre. Der Grund für die unterschiedliche Bedeutung der Unzumutbarkeit bei vorsätzlichen Begehungsdelikten einerseits und bei

---

124) In diesem Sinn Bockelmann, AT, S. 126; Gallas, Mezger-Festschrift, S. 324; Grünhut, ZStW, 51, S. 466; Hirsch, LK, vor §51, Rdn. 168; Jescheck, AT, S. 409; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 154; Kohlrausch-Lange, vor §51, III; Lackner, vor §32, III; Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, S. 69; auch Der rechtfertigende Notstand, S. 12, Anm. 27; auch in Schönke-Schröder, vor §32, Rdn. 122; H. Mayer, Studienbuch, S. 131-2; Maurach, AT, §33 II B; Rudolphi, ZStW, 78, 1966, S. 79; Schönke-Schröder (17. Aufl.), vor §51, Rdn. 91; Wachinger, Frank-Festgabe, S. 496; Welzel, AT, S. 178 f.; Wessels, AT, S. 79. Auch die Entscheidung RG 66, 397. Auch in diesem Sinn Baumann, AT, 475-6 und Stratenwerth, AT, S. 181, wenngleich sie eine analoge Anwendung des §35 nicht ausschließen. Für die allgemein entschuldigende Wirkung der Unzumutbarkeit, Wittig, JZ, 1969, S. 546 ff.

Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten andererseits liegt darin, daß bei den letzteren die Tat einen geringeren Unwertsgehalt aufweist, als das vorsätzliche Handlungsdelikt (125). Bei Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten ist die Unzumutbarkeit nicht erst im Rahmen der Schuld von Bedeutung, vielmehr kann sie schon bei der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit eine Rolle spielen. Darauf ist unten noch einzugehen.

Damit ist aber lediglich gesagt worden, daß die Funktion der Zumutbarkeit nicht diejenige eines allgemeinen übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes sein kann. Über die Bestimmung ihres Inhalts besteht jedoch keine einheitliche Meinung. Henkel ist zu verdanken (126), die Unzumutbarkeit unter einem neuen Gesichtspunkt analysiert zu haben. Dieser Autor versteht die Unzumutbarkeit als ein regulatives Prinzip, dem er eine nicht nur strafrechtliche, sondern allgemeinrechtliche Bedeutung zuschreibt. Als "regulatives" (im Gegensatz zu "normativem") Prinzip enthalte die Unzumutbarkeit an sich keinen Inhalt, keine materielle Lösung, sondern stelle vielmehr eine leere Formel dar, die beliebig ausgefüllt werden könne. Sie diene als "Hilfsmittel der Gesetzge-

---

125) Die Wirkung des Unzumutbarkeitsgedanken bei Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten als übergesetzlicher Entschuldigungsgrund wird vertreten von Baumann, AT, S. 243 und 476; Blei, AT, S. 190; Hirsch, LK, vor §51, Rdn. 168 und 174 f.; Lackner, §32, III; Lenckner, Strafe, S. 76-77; und in Schönke-Schröder, vor §32, Rdn. 122 ff.; Stratenwerth, AT, S. 289 u. 308; Welzel, Lb. S. 183 f. und 220. Auch in diesem Sinn RG 77, 127; BGH, 2, 204; BGH 6, 57; BGH, JZ 64, 328. Anderer Meinung ist Maurach, der sich in bezug auf diese Frage folgenderweise äußert: "In Wirklichkeit spielt die Frage der übergesetzlichen Unzumutbarkeit auch bei diesen Deliktsgruppen keine Rolle" (AT, S. 390).

126) Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip (in Festschrift für Mezger, 1954, S. 249 ff.).

bung und Rechtsanwendung" (127). Die Anwendung der Unzumutbarkeitsformel erfolge an erster Stelle im Bereich des Richterrechts (freie Rechtsfindung); an zweiter Stelle in der Gesetzauslegung (128). Sie diene als Hinweis für den Richter, "er möge das tun, was dem Gesetzgeber zu tun unmöglich ist, nämlich die generell nicht bestimmbare Grenze für den konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Einzelumstände und unter Zurückgehen auf die erkennbaren herrschenden Rechts- und Wertvorstellungen selbst ziehen" (129). Als solches Regulativ finde die Zumutbarkeit sowohl bei den vorsätzlichen Begehungsdelikten als auch bei Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten Anwendung. Die Rolle der Zumutbarkeit sei aber bei vorsätzlichen Begehungsdelikten eine ganz andere als bei Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikten. Bei den ersteren gelte die Zumutbarkeit vor allem zur Behebung der unvermeidlichen Unbestimmtheit der vom Gesetzgeber verwendeten Begriffsmerkmale, so daß sie als Hinweis auf die Notwendigkeit konkreter Grenzziehung durch den Richter zu verstehen sei (130). Bei Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikten diene das regulative Prinzip der Zumutbarkeit dagegen als Instrument der Abgrenzung des strafwürdigen von nicht strafwürdigem Verhalten. Bei Unterlassungsdelikten könne also die Untätigkeit nur dann tatbeständlich relevant sein, wenn die Erfolgsabwendung überhaupt zumutbar ist. Bei Fahrlässigkeitsdelikten bestimme die Zumutbarkeit zunächst die zum Unrecht gehörende objektive Sorgfaltspflicht, die von jedem zu erwarten

---

127) a.a.O., S. 260.

128) Ebenda, S. 262-3.

129) Ebenda.

130) a.a.O., S. 292

ist, und zweitens die konkreten Anforderungen an Sorgfalt, die an den Einzeltäter unter Berücksichtigung der Tatumstände gestellt werden können. Letzteres geschehe aber im Bereich der Schuld. Die Bedeutung der Zumutbarkeit bei Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikten sei also erheblich größer als bei vorsätzlichen Begehungsdelikten, da sie bei den ersteren schon im Bereich des Unrechts Anwendung finde, und zwar jeweils bei der Umgrenzung der Handlungs- oder Sorgfaltspflicht. Darüber hinaus könne sie auch im Schuldbereich von Bedeutung sein (131).

Diese Lehre hat - was die vorsätzlichen Begehungsdelikte betrifft - gegenüber der traditionellen Unzumutbarkeitsformel lediglich den Vorteil, ausdrücklich und offen zu sagen, was in der alten Lehre stillschweigend steckte, nämlich daß letzten Endes der Richter bestimmt, was zumutbar sei oder nicht. Sichere Kriterien oder Maßstäbe des Zumutbaren liefert diese Lehre auch nicht.

Eine andere Lehrmeinung (132) sieht in der Unzumutbarkeit den tragenden Gedanken (die ratio legis) aller Entschuldigungsgründe. Beim Notstand beruhe die Unzumutbarkeit eines normgemäßen Verhaltens auf der

---

131) a.a.O., S. 276 ff. Diese Auffassung der Zumutbarkeit vertreten auch u.a. Schönke-Schröder (17. Aufl.), vor §51, Rdn. 92; Wessels, AT, S. 79 und Jescheck, AT, S. 409 f.

132) In diesem Sinn Baumann, Grundbegriffe, S. 101; Henkel, a.a.O., S. 291; Kohlrausch-Lange, §54, I; Schönke-Schröder (17. Aufl.), vor §51, Rdn. 91; Schmidhäuser, AT, S. 460.

Berücksichtigung des übermächtigen seelischen Druckes, den der Selbsterhaltungstrieb auf den Täter ausüben kann, wenn er einer Gefahr für Leben oder Leib (jetzt auch Freiheit) ausgesetzt ist. Dieser seelische Druck habe, auch wenn er die Handlungsfreiheit nicht annulliert, zumindest eine erhebliche Beschränkung der Selbstbestimmung und infolgedessen eine abnorme Willensbildung zur Folge.

Eine Variante dieser Lehre ist die Auffassung Gallas', der von der Gesinnung des Täters ausgeht: "Der Täter, der in einer die Widerstandskraft auch eines gesetzestreuen Durchschnittsbürgers überfordernden seelischen Zwangslage einen Straftatbestand verwirklicht, handelt zwar objektiv und subjektiv pflichtwidrig, aber sein seelisches Verhalten ist, unter diesen Umständen, nicht Ausdruck der rechtsfeindlichen oder rechtsgleichgültigen Gesinnung, die regelmäßig in dem vorsätzlichen Verstoß gegen eine Rechtspflicht liegt, und erst das Unwerturteil über die Person des Täters begründet, oder nicht Ausdruck der leichtfertigen oder sorglosen Gesinnung gegenüber der Rechtsgüterwelt, wie sie der strafrechtliche Vorwurf fahrlässiger Pflichtverletzung voraussetzen muß" (133). Gallas macht darauf aufmerksam, daß es sich bei seiner Lehre nicht um eine symptomatische Schuldauffassung handle, denn es gehe nicht um das dauernde So-sein des Täters, nicht um

---

133) a.a.O., S. 323.

seine Gefährlichkeit, sondern "um den Wert oder Unwert der in der konkreten Tat aktualisierten Haltung, um den Schluß, der bei einer generalisierenden, an sozial-ethischen Wertmaßstäben orientierten Betrachtung aus einer solchen Tat und ihren Beweggründen auf die Gesamteinstellung des Täters zu den Anforderungen des Rechts zu ziehen ist" (134).

Gegen eine rein psychologische Deutung der Unzumutbarkeit als Grundgedanke der Entschuldigungsgründe hat sich neuerdings eine neue Lehrmeinung den Weg gebahnt (135). Sie geht davon aus, daß die psychische Zwangslage, in der sich der Täter befindet, ihm ein Verhalten im Sinne der Rechtsnormen nicht unmöglich mache, sondern nur erschwere. Ganz davon abgesehen, daß es prozessual unmöglich ist, das tatsächliche Vorhandensein und die Stärke dieses Motivationsdruckes zu beweisen, sei aus dem oben erwähnten Gedanken die Folgerung zu ziehen, daß es noch möglich wäre, dem Täter einen Schuldvorwurf zu machen. Ein Argument für diese These biete das Gesetz, wenn es bei bestimmten Personengruppen, die in einem besonderen Rechtsverhältnis stehen, wie Soldaten, Polizisten, Seeleute, Feuerwehrleute, usw., eine Berufung auf den Notstand nicht zuläßt, obwohl bei ihnen die seelische Zwangslage genauso stark wie bei jedem

---

134) Ebenda.

135) Auf dieser Richtung stellen insbesondere Eser, Strafrecht I (2. Aufl.), 19, Anm.A4; Jescheck (AT, S. 387); A. Kaufmann (a.a.O., S. 156 ff.); Küper, JuS, 1971, S. 477; Lenckner (Der rechtfertigende Notstand, S. 32 ff. und in Schönke-Schröder, vor §32, Rdn. 111 und §35, Rdn. 5); Rudolphi (a.a.O., S. 80 ff. u. Systematischer Kommentar, Bd. I, §35, Rdn. 3 f.); Stratenwerth (AT, S. 179); Welzel (Lb., S. 179) u. Wessels (AT, S. 75) ab.

anderen sein könne. Aus diesen Gedanken ergebe sich, daß die auf der Unzumutbarkeit beruhenden Gründe der Straflosigkeit eigentlich keine Schuldausschließungsgründe - wie es bei der Unzurechnungsfähigkeit und beim Irrtum der Fall sei -, sondern lediglich Entschuldigungsgründe seien, d.h. Fälle, in denen trotz Vorhandensein der Schuld, die Rechtsordnung Nachsicht übe und auf die Erhebung des Schuldvorwurfes verzichte.

Auf diese Weise ist die Unzumutbarkeit in ein neues Licht gerückt, nämlich aus dem Bereich des Schuldausschlusses entzogen und als Problem der Schuldquantifizierung betrachtet. Dies bedarf einer näheren Erläuterung. Auch wenn beim Notstand und sonstigen Entschuldigungsgründen die Schuld nicht ausgeschlossen ist, ist sie aber erheblich gemindert, so daß sie unter der Schwelle des Strafwürdigen liegt. Diese Schuldminderung resultiert aus zwei verschiedenen Gründen: einmal aus der Einschränkung der Motivationsfreiheit und zum anderen aus einer Minderung des Unrechtsgehalts, die zugleich eine mindernde Wirkung auf die Schuld hat. Darüber wird im nächsten Abschnitt Näheres gesagt.

Was an dieser Stelle noch berücksichtigt werden muß, ist, daß die Schuldminderung, die auf dem Motivationsdruck beruht, keiner besonderen Feststellung durch den Richter bedarf, sondern vom Gesetz unwiderleglich vermutet wird, sobald die Voraussetzungen der gesetzlichen Vertypung gegeben sind (136).

---

136) In diesem Sinn Rudolphi, a.a.O., S. 85; A. Kaufmann, a.a.O., S. 158; Stratenwerth, AT, S. 179.

Gegen eine psychologische Deutung der Zumutbarkeit und damit der Entschuldigungsgründe ist ferner Maurach. Auch er vertritt die Auffassung, daß bei ihnen ein Individualisierungsprozeß nicht stattfinde, d.h., daß weder die psychologische Wirkung der außergewöhnlichen Situation auf den Täter, noch dessen Widerstandskraft berücksichtigt werden. Vielmehr seien die Entschuldigungsgründe nach einer standardisierenden Methode geregelt: entscheidend sei allein die auf den Durchschnitt bezogene Widerstandskraft. "Das Gesetz beschränkt sich darauf, die objektive Situation der äußeren Notlage abschließend zu beschreiben. Ihre psychologische Wirkung auf den Täter wird unbesehen unterstellt, sie wird generalisierend vermutet, eine Prüfung der dem Täter etwa eigenen Widerstandskräfte erfolgt nicht. Es entscheidet das Maß der dem unpersönlichen Durchschnitt zuzutrauenden Fähigkeiten, und die danach bemessene Grenze der Widerstandskraft wird verallgemeinert im Gesetz standardisiert" (137).

Die Maurachsche Auffassung der Unzumutbarkeit unterscheidet sich von der oben genannten lediglich aufgrund systematischer Erwägungen. Denn nach Maurach gehört die Zumutbarkeit nicht der Schuld, sondern der Tatverantwortung, einer zwischen dem Unrecht und der Schuld eingeschalteten Stufe. Auf diese besondere Systematik der Verbrechenslehre ist aber hier

---

137) AT., S. 372.

nicht einzugehen. Es genügt die Feststellung, daß die Lehre der Tatverantwortung kaum Echo in der strafrechtlichen Dogmatik gefunden hat.(138).

b) Die Unrechtsminderung

Der bereits oben erwähnte zweite tragende Gedanke des entschuldigenden Notstands soll nun behandelt werden. Aus der Tatsache, daß innerhalb des Rechtmäßigen keine Abstufung möglich ist, d.h., daß eine Tat nicht rechtmäßiger als eine andere sein kann (139), darf nicht geschlossen werden, daß dies innerhalb des Rechtswidrigen nicht doch denkbar wäre. Zwar bezeichnet der Begriff "Rechtswidrigkeit", rein formal betrachtet, lediglich einen Widerspruch zwischen der Rechtsordnung einerseits und einem menschlichen Verhalten andererseits. So stellt die Rechtswidrigkeit eine Modalität, ein Prädikat der Handlung dar, das entweder vorhanden ist oder nicht, ohne eine Graduierung zuzulassen.

Anders ist es, wenn die rechtswidrige Tat als etwas Konkretes angesehen wird - für dessen Bezeichnung die neue Dogmatik den Ausdruck "Unrecht" benutzt (140) -, denn die verschiedenen Verletzungen der

---

138) Zur Kritik dieser Lehre siehe A. Kaufmann, a.a.O., S. 159 ff.

139) Baumgarten unterscheidet innerhalb des Bereiches des Rechtmäßigen zwischen "gebotenen" und "erlaubten" Handlungen (Notstand und Notwehr, 1911, S. 30).

140) So vor allem Welzel, Lehrbuch, S. 51 f. Auch Bockelmann, AT, S. 60; Hirsch, LK, vor §51, Rdn. 9; Jescheck, AT, S. 185;, Lenckner, Notstand, S. 32 ff.

Rechtsnormen können von größerer oder geringerer Bedeutung sein, so daß das Unrecht einen graduierbaren Begriff darstellt (141). So kann man im allgemeinen sagen, daß das strafrechtliche Unrecht größer ist als das zivilrechtliche. Aber auch innerhalb des Strafrechts weisen die verschiedenen Tatbestände einen unterschiedlichen Unrechtsgehalt auf. So ist z.B. eine Tötung ein größeres Unrecht als eine Körperverletzung, und eine schwere Körperverletzung erheblicheres Unrecht als ein Diebstahl. Das Ausmaß des Unrechts hängt von mehreren Faktoren ab (142): einmal von der Qualität und Quantität des verletzten Rechtsgutes, wobei die Regel gilt, daß, je wichtiger und elementarer ein Rechtsgut ist, desto größer der Unrechtsgehalt der Tat ist, die es verletzt. Das gleiche gilt für die Erheblichkeit der Verletzung; je größer sie ist, desto größer ist das Maß des Unrechts. So z.B. ist eine schwere Körperverletzung größeres Unrecht als eine leichte, ein Betrug in Höhe von 1000 Mark schlimmer als wenn es sich nur um 20 DM handelt. Der Grad des Unrechts hängt aber auch von der Art und Weise der Verletzung ab. Deshalb ist die gefährliche Körperverletzung ein größeres Unrecht als die einfache, obwohl in beiden Fällen dasselbe Rechtsgut verletzt wird. Diese verschiedenen

---

141) Für die Graduierbarkait des Unrechtsbegriffes insbesondere Jescheck, AT, S. 186, 268; Kern (Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW, 1952, S. 255 ff.), Lenckner (Der rechtfertigende Notstand, S. 32 ff.) Noll (ZStW, 1956, S. 181 ff.), Baumann (Lehrbuch, S. 265; Grundbegriffe, S. 75), Nowakowski (SchwZSt 1950, S. 301 ff.).

142) Darüber sehr ausführlich Kern, a.a.O., insbesondere S. 276 ff.

Faktoren, die den Unrechtsgehalt in einer Richtung beeinflussen, können aber mit anderen, die in die andere Richtung wirken, in Widerstreit geraten (Rechtfertigungselemente). Die Rechtfertigungselemente können von solchem Gewicht sein, daß der Unrechtsgehalt annulliert wird und die Tat gerechtfertigt ist. Ist dies nicht der Fall und bleibt die Tat rechtswidrig, so kann immerhin ihr Unrechtsgehalt geringer sein. So sagt Noll: "Die Schwere des Unrechts einer Handlung hängt somit einerseits ab von der Zahl und Stärke der den Unrechtstatbestand ausmachenden Unrechtselemente und auf der anderen Seite von der Zahl und Stärke der Rechtfertigungselemente" (143).

Wenn diese Gedanken auf die Notstandshandlung übertragen werden, kann man feststellen, daß sie einerseits ein bedeutsames Rechtsgut verletzt, andererseits aber die Erhaltung eines ebenso gewichtigen Rechtsgutes ermöglicht. Diese rechtsguterhaltende Wirkung ist gerade der Zweck der Notstandshandlung, der allerdings durch kein anderes Mittel erreicht werden kann, als durch die Verletzung eines anderen Rechtsgutes. Diese beiden Tatsachen, die objektive Erhaltung eines vom Recht geschützten Gutes und der rechtsgutserhaltende Zweck, können den Unrechtsgehalt der Verletzung nicht ausgleichen, und deshalb ist die Tat nicht gerechtfertigt. Trotzdem bewirken sie eine erhebliche Verminderung des Unrechts

---

143) a.a.O., S. 184

(144).

Der geminderte Unrechtsgehalt der Notstandshandlung hat an sich noch keine praktischen Folgen. Sie ergeben sich erst dann, wenn das Unrechtsausmaß mit der Schuld konfrontiert wird, denn vermindertes Unrecht führt immer zu geringerer Schuld (145), da das Ausmaß der Schuld unter anderem auch wesentlich von der Schwere des Unrechts abhängt. Die rechtswidrige Tat bildet die logische Grundlage, auf der der Schuldvorwurf beruht, und daher ist es verständlich, daß das Gewicht des Unwerts, den sie aufweist, entscheidend für die Schwere des Schuldvorwurfes sein muß.

---

144) In diesem Sinne argumentieren auch die Autoren, die sich für das Unverbotensein des Notstandes entscheiden. Sie gehen aber zu weit, denn sie behaupten, daß sich der Unrechtsgehalt und die Rechtfertigungselemente gegenseitig annullieren, was zur rechtlichen Neutralität führen würde (vgl. Maurach, Kritik der Notstandslehre, S.97 ff.).

In der heutigen Dogmatik vertreten die Unrechtsminderung beim entschuldigenden Notstand: Eser, Strafrecht I, 19, Rdn. 4; Hirsch (LK, Vor §51, Rdn. 167); Jescheck (AT, S. 387); Armin Kaufmann (Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 156 ff.); Lenckner (Der rechtfertigende Notstand, S. 35 ff. und in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 5); Rudolphi (ZStW, 78, S. 80 ff., und Systematischer Kommentar, §35, Rdn. 3 f.); Stratenwerth (AT, S. 179); Welzel (Lehrbuch, S. 178 f.); Wessels (AT, S. 75).

Gegen diese Auffassung Schmidhäuser (Lehrbuch, S. 461-2) und Achenbach, JR 1975, S. 492 ff.

145) In diesem Sinn Nowakowski (a.a.O., S. 304), Armin Kaufmann (a.a.O., S. 157), Lenckner (a.a.O., S. 38), Rudolphi (ZStW, 78, S. 81), Jescheck, AT, S. 347.

Wie schon oben erwähnt wurde, treffen also beim entschuldigenden Notstand zwei Schuldminderungsgründe zusammen: einer der aus der Unrechtsminderung resultiert und ein anderer, der auf dem Motivationsdruck beruht. Aus dieser doppelten Verminderung der Schuld ergibt sich eine so erhebliche Herabsetzung des Schuldgehaltes, daß die Rechtsordnung von der Erhebung des Schuldvorwurfs absieht.

Die Unrechtsminderung kann aber auch zur Folge haben, daß in Fällen, in denen weder die Voraussetzungen des rechtfertigenden noch die des entschuldigenden Notstandes gegeben sind, der Täter aber dennoch in einer (vom Gesetz nicht anerkannten) Notlage gehandelt hat, die Strafe auf Grund des verminderten Unrechts und der daraus resultierenden Schuldminderung gemildert wird (146). Das ist die Lösung, die das Schw.StGB in Art. 34 getroffen hat: Der Richter kann die Strafe nach freiem Ermessen mildern, wenn die Gefahr vom Täter verschuldet wurde, oder wenn ihm den Umständen nach zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben. Eine ähnliche Regelung findet man jetzt im deutschen StGB (§35, Abs. 1, in fine). Im spanischen código penal gibt es eine allgemeine Strafmilderung für alle Fälle, in denen nicht alle Voraussetzungen der jeweiligen im Art. 8 beschriebenen Strafausschließungsgründe gegeben sind (Art. 9, No. 1). Die gleiche Regelung enthält das chilenische Strafgesetzbuch in Art. 11. In Italien enthält der Art. 55 des codice penale eine allgemeine Bestimmung, nach der der Täter nur wegen des Fahrlässigkeitsdelikts strafbar ist, wenn er bei Notwehr, Notstand oder Ausübung des amtlichen Zwanges die Grenzen des Zulässigen fahrlässig überschreitet.

---

146) In diesem Sinn Noll (a.a.O., S. 189), Lenckner (a.a.O., S. 39 ff.).

ZWEITES KAPITEL

DIE NOTSTANDSREGELUNG

A) Anwendungsbereich

1. Die beim entschuldigenden Notstand kollidierenden Güter

a) Notstandsfähige Rechtsgüter

Da die im entschuldigenden Notstand geübte Handlung im Gegensatz zum rechtfertigenden Notstand die Billigung des Rechts nicht für sich hat, sondern nur geduldet wird, ist der Kreis der schutzfähigen Rechtsgüter erheblich kleiner als bei jenem. In Frage kommen nur solche Güter, die wegen ihres elementaren Charakters dem Täter besonders naheliegen, so daß bei ihrer Bedrohung der besondere Motivationsdruck allgemein vermutet werden kann. Dazu gehört vor allem das Leben, das aber untrennbar mit dem Leib verbunden ist. Leib und Leben sind also die notstandsfähigen Rechtsgüter schlechthin und sie waren schon als solche in §§52, 54 a.F. StGB anerkannt. Dann ergab sich aber die Notwendigkeit, auch die Bedrohung der Freiheit als ausreichenden Grund für die Notstandshandlung anzuerkennen, da ihre Verletzung auch schadenstiftende Wirkungen auf Leib und Leben haben

kann. Dementsprechend hat sowohl der Entwurf 1962 als auch der Alternativentwurf die Freiheit als notstandsfähig erklärt, und diese Vorschläge haben jetzt im §35 gesetzlichen Rang erreicht. Demnach sind im gegenwärtigen Recht drei Rechtsgüter, die in einem entschuldigenden Notstand geschützt werden können: Leben, Leib und Freiheit.

Die Beschränkung auf diese drei Güter wird im E 1962 folgendermaßen begründet: "Eine solche Ausdehnung (Berücksichtigung anderer Rechtsgüter, z.B. Ehre oder Eigentum, wie es in früheren Entwürfen gemacht wurde) des §40 hätte zur Folge, daß die Nichtzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens, die für die Entschuldbarkeit des Notstandes vorausgesetzt ist, auf weiten Bereichen als Schuldausschließungsgrund anerkannt würde, was geeignet wäre, den Ernst der Strafdrohung in Frage zu stellen" (147).

Was das Rechtsgut Leben betrifft, so ist bei ihm eine Abstufung der Verletzung nicht möglich, denn es kann nur in seiner Ganzheit verletzt werden.

---

147) E 1962, S. 161. Kritisch zu dieser Einschränkung Schönke-Schröder: "Gefahr für andere Rechtsgüter, z.B. Ehre oder Eigentum können u.U. ein nicht weniger intensives Verlangen hervorrufen, der Gefahr auszuweichen" (§52, Rdn. 11). Auch kritisch dazu Kohlrausch-Lange, §52, Anm. III: die Leibesgefahr kann unbedeutender als andere Gefahren sein (z.B. Verlust der ganzen Habe durch einen Brand). In diesem Sinn auch Baldus (§52, Rdn. 20).

Lebensgefahr bedeutet also eine hohe Wahrscheinlichkeit, daß der Tod eintreten wird. In bezug auf das Leben wird die Meinung vertreten, daß nicht nur das aktuelle Leben, sondern auch das werdende (potentielle) Leben notstandsfähig sei (148). Dazu ist zu bemerken, daß die Bedrohung des Lebens einer schwangeren Frau normalerweise auch eine Bedrohung für das Leben des Fötus bedeutet, da dieser zu einem selbständigen Leben unfähig ist (149). Andererseits ist eine Gefährdung der Leibesfrucht ohne einen Eingriff in den Leib der werdenden Mutter, sei es auch nur als körperliche Mißhandlung, kaum denkbar, es sei denn, daß die Gefahr für die Leibesfrucht auf einer krankhaften körperlichen Verfassung der Schwangeren beruht, so daß die Gefahr von innen her droht (150). Möglich ist aber, daß die Abtötung der

---

148) So Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 8. Auch Rudolphi, SK, §35, Rdn. 5.

149) Menzel berichtet allerdings über den unglaublichen Fall einer klinisch toten Frau, bei der eine unberührte Schwangerschaft von fünf Monaten festgestellt wurde. Da das Vegetativsystem intakt war, so konnte durch den Anschluß an einem Beatmungsgerät die Versorgung des Fötus sichergestellt werden, bis er zum selbständigen Leben fähig war (In Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, Köln, 1977, S. 62).

150) Hier könnte das Beispiel gebildet werden, daß die Schwangere das erforderliche Medikament, das einen spontanen Abort verhindern kann, einer anderen Frau, die in der gleichen Situation ist, wegnimmt. Oder sie nötigt einen Arzt, sein ganzes Wissen und Können einzusetzen, um das Abstoßen der Leibesfrucht zu vermeiden. Freilich kann man sich wohl die Frage stellen, ob sich bei diesen ziemlich konstruierten Fällen die Gefahr nicht anders abwenden läßt.

Leibesfrucht und der unvermeidbare Eingriff in den Leib der Mutter gerechtfertigt sind, etwa weil eine allgemeine Notlage-Indikation vorliegt (§218a II Nr. 3). Würde der Vater des Ungeborenen eine rechtswidrige Tat begehen, um die Schwangerschaftsunterbrechung zu verhindern, so könnte die Anwendung des §35 in Betracht kommen, da er eine Gefahr für ein notstandsfähiges Gut (werdendes Leben) abgewendet hat.

Dagegen kann eine Gefährdung des Leibes unterschiedliche Schwere haben, woraus sich die Notwendigkeit ergibt, klarzustellen, in welchen Fällen sie für den entschuldigenden Notstand in Frage kommen kann. Unter Leib wird die gesamte körperliche Substanz verstanden. Fraglich ist, ob Leibeszusätze wie Haare und Nägel auch im Leibesbegriff einbezogen werden können. Es dürfte einleuchten, daß der Teil dieser Leibeszusätze, der sich außerhalb des Leibes im e.S. befindet, nicht mehr dazu zählen kann; da sie nur tote Zellen sind. So kann das Abschneiden der Haare oder der Nägel keine Körperverletzung bedeuten (anderer Meinung Eser, III, 6, A 15). Der Teil aber, der in der Haut eingebettet ist, muß zum Leibe gerechnet werden, so daß ihr Verlust eine Körperverletzung ist, so z.B. das Herausziehen der Fingernägel. Zu beachten ist jedoch, daß durch Eingriffe auf äußere Leibeszusätze mittelbar eine Verletzung anderer Rechtsgüter geübt werden kann, wie im Fall, in dem eine Frau kahlgeschoren wird, um sie zu demütigen. Darüber ist noch zu sprechen.

Als notstandsfähig kommt der Leib sowohl in seiner Unversehrtheit (Körperintegrität) als auch in seinem gesunden Zustand (körperliches Wohlbefinden) in Frage. Die drohende Verletzung der Körperintegrität oder der Gesundheit muß aber eine gewisse Erheblichkeit erreichen (151). Dies ergibt sich aus dem Satz 1 des §35 durch die Zusammenstellung mit dem Leben, aber auch aus der Zumutbarkeitsklausel des 2. Satzes, denn eine geringfügige Körperverletzung ist auf jeden Fall zuzumuten, vor allem dann, wenn sie nur durch eine rechtswidrige Tat zu vermeiden ist (152).

Hier ist zu beachten, daß die gleiche äußerliche Gefahrlage subjektbezogen verschiedene Bedeutung haben kann. Für einen Bluter z.B. kann schon eine geringfügige Verletzung eine Gefahr für sein Leben bedeuten. Schon die Bedrohung vorübergehender Beeinträchtigungen der Körperintegrität oder der Gesundheit können als Leibesnotstand genügen (153).

---

151) In diesem Sinn Dreher (§35, Rdn. 4), Jescheck (AT, S. 389), Lenckner, (in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 9), Maurach (AT, S. 403), Mezger-Blei (AT, S. 185), Stratenwerth (AT, S. 181); Welzel (AT, §23 I 1). Auch JW 33, 700; RG 66, 399; 66, 100; JW 34, 422 (erklärt einen Nervenzusammenbruch für nicht zulässig). Zu eng scheint die Auslegung von Oetker (VDA Bd. II, S. 340) und H. Mayer (AT, S. 192. Anders im Studienbuch, S. 64), die den Leibesnotstand als eine ungemessene Gefahr verstehen, welche jederzeit in echte Lebensgefahr umschlagen kann. Kann z.B. der Verlust einer Hand oder gar eines Fingers eine Notstandslage nicht begründen, auch wenn solche Gefährdung keine Lebensgefahr darstellt?

152) Siehe unten, B, 1, a, cc).

153) So RG 29, 78. Zustimmend Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 9, und Maurach, AT, S. 403.

Im übrigen ergibt sich die Abgrenzung zwischen ungenügender und genügender Gefahr für die Begründung eines Leibesnotstandes aus der Verhältnismäßigkeitsklausel (Proportionalität zwischen der drohenden Gefahr und dem durch die Notstandshandlung angerichteten Schaden) (154).

Auch der Begriff der Freiheit muß wegen seiner Weite eingeschränkt werden. Notstandsfähig ist nicht die allgemeine Handlungs- und Entscheidungsfreiheit, sondern lediglich die Fortbewegungsfreiheit (auch persönliche Freiheit genannt: §239 StGB), weil "nur sie eine mit Leib und Leben annähernd vergleichbare existentielle Bedeutung hat" (155). Auch hier ist zu bemerken, daß eine geringfügige Freiheitsberaubung keinen Freiheitsnotstand begründen kann, und daß auch in diesem Fall die Verhältnismäßigkeit zwischen der drohenden Gefahr und dem rettenden Eingriff zu berücksichtigen ist (156).

Auch wenn nach dem klaren Wortlaut des §35 die Gefährdung anderer Rechtsgüter als Leben, Leib und Freiheit, wie z.B. Ehre oder Eigentum, für eine entschuldbare Notstandshandlung nicht genügt, darf man

---

154) Vgl. H. Mayer (Studienbuch, S. 94) und Lenckner, ebenda.

155) So Lenckner in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 11. Ähnlich die Begründung zu §40 E 1962. Für diese Auslegung des Freiheitsbegriffs Blei (in M-Blei, AT, S. 185); Dreher (§35, Rdn. 5); Jeschek, AT, S. 389; Lackner (§35, 2 b); Rudolphi, SK, §35, Rdn. 5; Stree (in Einführung in das neue Strafrecht, 1973, S. 57).

156) Lenckner, ebenda; Stree, a.a.O.

nicht außer Acht lassen, daß durch die Beeinträchtigung anderer Rechtsgüter auch mittelbar eine gesetzlich anerkannte Notstandslage begründet werden kann. So wird z.B. durch einen geschlechtlichen Mißbrauch unmittelbar die sexuelle Selbstbestimmung verletzt, mittelbar aber kann auch Leben, Leib oder Freiheit bedroht werden (157). Auf diese Weise wurde die Freiheit durch die Rechtsprechung schon vor ihrer gesetzlichen Regelung als notstandsfähig anerkannt, soweit ihre Verletzung eine Gefahr für Leib oder Leben begründen konnte (158). Umgekehrt kann auch eine Beeinträchtigung des Leibes oder der Freiheit mittelbar eine Verletzung anderer Rechtsgüter, wie Ehre oder Würde, bedeuten. So ist z.B. der Fall denkbar, in dem jemand dadurch zu einer rechtswidrigen Tat genötigt wird, daß er mit einer körperlichen Kennzeichnung bedroht wird. Diese Kennzeichnung könnte z.B. eine Markierung auf der Haut mit einer schwer entfernbaren Substanz sein (159) oder durch das Abrasieren der Kopfhaare. Auch wenn hier der körperliche Eingriff allein für die Anwendung des §35 nicht genügen würde, könnte die Berücksichtigung der mittelbaren Verletzung des anderen Rechtsgutes in besonders schweren Fällen zu einer Entschuldigung führen, vorausgesetzt freilich, daß die Verhältnismäßigkeit zu bejahen ist (160).

---

157) Vgl. Rudolphi, SK, §35, Rdn. 5; Maurach (AT, S. 403); Lenckner in Schönke-Schröder (§35, Rdn. 9). S. auch Oetker, VDA, S. 340.

158) So RG 41, 214; RG 54, 341.

159) Das Beschmieren der Haut mit haftendem Material hält Eser für eine Körperverletzung, III, 6, A, 15.

160) Jemand wird z.B. damit bedroht, daß er einen Stempel mit ehrverletzenden Worten auf eine sichtbare Stelle bekommt.

Eine andere Frage ist, ob dort, wo eine Gefährdung für Leben, Leib oder Freiheit überhaupt nicht besteht, eine analoge Anwendung von §35 in bezug auf andere Rechtsgüter möglich ist. Für die Bejahung dieser Frage entscheidet sich Baumann, der seine Meinung darüber folgendermaßen begründet: "Darüber hinaus muß der Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit anderen Verhaltens auch dort eingreifen, wo für den Täter eine Zwangssituation ähnlicher Stärke besteht, wie sie in §35 StGB als schuldausschließend anerkannt wird" (161). Die h.M. erklärt dagegen die Ausdehnung des §35 auf andere als die im Gesetz vorgesehenen Rechtsgüter für unzulässig (162). Da die analoge Anwendung des §35 schon zum Bereich des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands gehört, wird auf das nächste Kapitel verwiesen, in welchem dieses Thema erörtert wird. An dieser Stelle genügt der Hinweis, daß eine analoge Anwendung des §35 aus denselben Gründen wie die allgemeine Unzumutbarkeit abzulehnen ist, und daher ein übergesetzlicher entschuldigender Notstand nur in äußerst schwierigen Fällen anerkannt werden darf. Bezüglich der Beschränkung der notstandsfähigen Güter auf Leben, Leib und Freiheit vertritt Stree die Meinung, daß auch die Gefahr für andere Rechtsgüter - wie der drohende Verlust der ganzen Habe durch einen Brand - einen so star-

---

161) Vgl. Lehrbuch, S. 476-7. Für diese Lösung auch Stratenwerth, AT (1. Aufl.), S. 175-6. Ähnlich 2. Aufl., S. 181.

162) Dreher (a.a.O.), Lackner (a.a.O.), Lenckner (Der rechtfertigende Notstand, S. 46, Anm. 1 und in Schönke-Schröder, a.a.O.), Maurach (a.a.O.), Rudolphi (a.a.O.).

ken psychischen Druck auf den Täter ausüben könne, daß er zwecks Rettung dieser Güter zu einem normwidrigen Verhalten gedrängt werde. Auch wenn in diesem Fall eine generelle Entschuldigung verfehlt wäre, so hätte der Gesetzgeber doch eine Strafmilderung und sogar das Absehen von Strafe fakultativ zulassen sollen (163).

b) Das durch die Tat verletzte Rechtsgut

Eine zweite Frage, die in Zusammenhang mit den notstandsfähigen Rechtsgütern aufgeworfen wird, ist, gegen welche Rechtsgüter sich die Notstandshandlung richten darf. Anders ausgedrückt, welche sind die Rechtsgüter, die der in Not Handelnde zur Wahrung von Leben, Leib oder Freiheit straflos verletzen kann. Auf diese Frage gibt das Gesetz selbst keine ausdrückliche Antwort, so daß durch ein argumentum a contrario der Schluß gezogen werden kann, daß Leben, Leib und Freiheit gegenüber allen anderen Rechtsgütern verteidigt werden dürfen (164).

Hier ist darauf hinzuweisen, daß durch die Notstandshandlung nicht nur private Rechtsgüter, sondern auch solche der Allgemeinheit beeinträchtigt werden können. Was die privaten Rechtsgüter betrifft, so ist

---

163) a.a.O., S. 57.

164) Vgl. Henkel, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, München, 1932, S. 98 ff.; Jescheck, AT, 391; Helmut Mayer, Lehrbuch, S. 192; Studienbuch S. 94.

bei ihnen jeder Eingriff möglich, sogar die Tötung eines Menschen, vorausgesetzt, daß sonstige Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands, insbesondere die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit erfüllt sind.

Bei öffentlichen Rechtsgütern ist die Beantwortung dieser Frage etwas problematischer, da dem Schutz öffentlicher Interessen in der Regel der Schutz privater Interessen bestimmbarer oder unbestimmbarer Menschen zugrunde liegt (165), was bei der Untersuchung der Verhältnismäßigkeit Schwierigkeiten bereiten kann. So ist z.B. fraglich, ob, um eine Gefahrenlage zu beseitigen, die einen Notstand nach §35 begründet, die äußere Staatssicherheit dadurch gefährdet werden darf, daß man wichtige Militärgeheimnisse preisgibt. Oder, ob jemand, der in einem formal gültigen Strafverfahren zu Unrecht zu einer erheblichen Freiheitsstrafe verurteilt wird, sich der Vollstreckung durch eine rechtswidrige Tat entziehen kann. Ferner kann die Mißachtung des Schutzes der staatlichen Rechtspflege in Frage kommen, wenn jemand, z.B., um einen Angehörigen vor einer Freiheitsstrafe zu schonen, sich selbst wahrheitswidrig als schuldig in einem Strafprozeß bekennt (166). Das gleiche gilt bei der Begehung eines Meineides oder einer uneidlichen falschen Aussage, wenn dadurch die Verwirklichung einer Bedrohung für Leib, Leben oder Freiheit abgewendet wird.

---

165) So auch Eser, Strafrecht III, 13, A 14.

166) Selbst wenn hier §157 (Aussagenotstand) anwendbar wäre, ist die Frage nach der möglichen Anwendung des §35 von Bedeutung, da bei ihm die Strafbarkeit schon auf der Schuldebene entfällt; bei §157 kann die Strafe lediglich gemildert oder im Fall §153 davon abgesehen werden (Strafausschließungsgrund).

Freilich ist damit noch nicht gesagt, welche Güter in der konkreten Kollisionslage zugunsten welcher anderen verletzt werden können. Das ist vielmehr eine Frage, die erst bei der Behandlung der Verhältnismäßigkeitsklausel beantwortet werden kann.

Die Rechtsprechung hat in manchen Entscheidungen zu dieser Frage Stellung genommen. So hat sie z.B. im Fall einer Notstandshandlung, die einer behördlichen Anordnung zuwider vorgenommen wurde, einen entschuldigenden Notstand angenommen (167). Das Reichsgericht begründet diese Entscheidung folgendermaßen: "Daß der in Notstand Handelnde verletzend in die Rechtsordnung eingreift, ist stillschweigende Voraussetzung der Bestimmung des §54 StGB's; nirgends aber findet sich die Beschränkung, daß der §54 keine Anwendung findet, wenn in öffentlichrechtliche Verhältnisse verletzend eingegriffen wird" (168). In einem anderen Fall wurde ein Meineid zur Abwendung einer drohenden Gefahr für die Körperintegrität und die Gesundheit als entschuldigte Notstandshandlung anerkannt (169).

Andere Entscheidungen zeigen aber eine ziemlich strenge Einstellung in bezug auf die Verletzung öffentlicher Interessen. So hat das RG erklärt:

---

167) RG 41, 214. Es handelt sich um den Fall einer Mutter, die ihr uneheliches Kind, das aufgrund gerichtlicher Entscheidung in Fürsorgeerziehung war, wegen gesundheitlicher Nachteile wieder zu sich genommen hat. Nach dem heutigen Recht erfüllt diese Handlung den Tatbestand des § 120 und stellt somit eine Verletzung der staatlichen Verwahrungsgewalt dar.

168) Ebenda, S. 215. Zustimmend v. Hippel, Lehrbuch, Bd. II, S. 221.

169) So RG 66, 98.

"... es darf nicht verkannt werden, daß die Zubilligung des entschuldigenden Notstands gegenüber einem wissentlich falschen Eid eine große Gefahr für die Rechtspflege in sich birgt, daß daher das Vorhandensein der Voraussetzungen und die Pflichtmäßigkeit des Verhaltens des Täters einer besonders strengen Prüfung unterworfen werden müssen" (170). In einem anderen Fall wurde eine Fahnenflucht zur Beseitigung einer durch das Tragen der Uniform ausgelösten allergischen Beschwerde nicht als entschuldigender Notstand anerkannt (171).

---

170) RG 66, 222. Ähnlich, 66, 397.

171) Bay OLG GA, 1973, 208.

Anhang

Auslandsrecht:

Die Frage nach den notstandsfähigen Rechtsgütern erfährt in ausländischen Rechten verschiedene Lösungen. Das italienische codice penale (art. 54) läßt den Notstand zu, um schweren Schaden der Person (danno grave alla persona) zu vermeiden. Die italienische Lehre ist überwiegend der Ansicht, daß mit diesem Ausdruck die Person in körperlicher Hinsicht gemeint wird, d.h. Leben und Körperintegrität oder Gesundheit.(172). Andere Autoren vertreten dagegen die Auffassung, daß damit die Person sowohl im körperlichen als auch im moralischen Sinn gemeint werde, so daß nicht nur Leben und Leib, sondern auch die sexuelle Integrität, die Freiheit, die Ehre und das Schamgefühl notstandsfähig seien (173). Was für einen Notstand aber absolut nicht in Frage komme, sei das Vermögen. Sowohl für die eine wie die andere Auslegung gilt, daß die Gefahr auf jeden Fall schwerwiegend (grave) sein muß. Geringfügige Beeinträchtigungen kommen also nicht in Frage.

---

172) Vgl. Battaglini, Giulio: Diritto penale, Parte generale, 2a. ed., Padova 1949, S. 237; Bettiol, Giuseppe: Diritto penale, Parte generale (spanische Übersetz. der 4. Aufl., Bogotá, 1965), S. 296; Maggiore, Giuseppe: Principii di Diritto penale, Parte generale, 3a. ed., Bologna, 1939, S. 282.

173) Für diese Auslegung insbesondere Antolisei, Francesco: Manuale di Diritto penale, Parte generale (spanische Übersetz., Buenos Aires, 1960), S. 225; Manzini, Vincenzo: Trattato di Diritto penale italiano, Torino, 1933, Bd. II, S. 331; Vannini, Ottorino: Istituzioni di Diritto penale, Parte generale, 1939, S. 101.

Das schweizerische StGB (art. 34) nennt als notstandsfähig Leben, Leib, Freiheit, Ehre und Vermögen. Da sich aber die Differenzierungstheorie in der schweizerischen Dogmatik noch nicht durchgesetzt hat, wird diese Bestimmung immer noch von manchen Autoren ausschließlich als Rechtfertigungsgrund verstanden (174). Aber auch solche Autoren, wie Thormann-v.Overbeck, die der Ansicht sind, daß art. 34 sowohl eine Regelung für den rechtfertigenden als auch den entschuldigenden Notstand enthält, behaupten, daß sich die notstandsfähigen Rechtsgüter nicht auf die im Gesetz genannten beschränken, vielmehr sei jedes Rechtsgut notstandsfähig. So heißt es z.B. bei Thormann-v.Overbeck: "Es kann sich um ein beliebiges Gut handeln. Die vom Gesetz genannten Güter werden nur beispielsweise genannt; es können auch sonstige Güter in Betracht kommen" (175). Ähnlicher Meinung ist Spillmann: im allgemeinen sei jedes Rechtsgut notstandsfähig. Als Entschuldigungsgrund beschränke sich der Notstand auf die Kollision der höchsten Rechtsgüter, was aber die Schutzfähigkeit anderer Güter nicht ausschließe, wenn die Proportionalität berücksichtigt werde (176).

Im neuen österreichischen StGB (§10) hat die Notstandshandlung entschuldigende Wirkung, wenn sie be-

---

174) So Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, S. 218 ff.; Hafter, Ernst, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, AT, 2. Aufl., 1946, S. 157, und Logoz, Commentaire du code pénal suisse, Bd. I, 1939, S. 144.

175) Thormann, Ph. und v. Overbeck, A.: Kommentar zum Schw. StGB, Bd. I, Zürich, 1940, S. 145.

176) Spillmann, Walter: Die Strafausschließungsgründe im Schw. StGB, Zürcher Dissertation, 1963, S. 26 u. 52-3.

gangen wird, um einen bedeutenden Nachteil abzuwenden. Auf welche Rechtsgüter sich dieser bedeutende Nachteil bezieht, wird von §10 nicht bestimmt. Daraus hat die österreichische Dogmatik den Schluß gezogen, daß es im österreichischen StGB keine Einschränkung der notstandsfähigen Rechtsgüter gebe, so daß auch eine Gefährdung etwa der Ehre einen entschuldigenden Notstand begründen könne.(177). Rittler vertritt dagegen die Meinung, daß sich die schutzfähigen Güter auf Leben, Freiheit oder Vermögen beschränken(178). Er stützt sich dabei auf den alten §2, lit.g, der ebenfalls keine Aufzählung der notstandsfähigen Güter enthielt, sondern lediglich die strafbefreiende Wirkung des "unwiderstehlichen Zwangs" regelte.

Im französischen code pénal gibt es keine spezielle Bestimmung des entschuldigenden Notstands, was angesichts seines Alters eigentlich nicht verwunderlich ist. Die französische Lehre hat ihn aber üblicherweise unter den zweiten Teil des art. 64 ("Es gilt weder als Verbrechen noch als Vergehen, wenn der Täter durch eine Gewalt gezwungen wurde, der er nicht wiederstehen konnte") als eine Erscheinung der "contrainte morale" subsumiert. Sie unterscheidet aber nicht immer konsequent zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand. In bezug auf diese Bestimmung nennt Garçon Leben, Körperintegrität, Freiheit, Vermögen und Schamgefühl als notstandsfähige Güter (179).

---

177) So Leukauf-Steininger, Kommentar zum StGB, §10, S. 96.

178) Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2. Aufl., 1954, Bd. I, S. 236.

179) Garçon, Émile: Code pénal anoté, Paris, 1952, Bd. I, S. 216 ff.

Das spanische código penal enthält nur eine Bestimmung (art. 8, No. 7 in der Fassung nach der Strafrechtsnovelle von 1944: "um ein Übel von sich selbst oder von einem anderen abzuwenden"), die sowohl den rechtfertigenden als auch den entschuldigenden Notstand enthält. Zu bemerken ist jedoch, daß für die spanische Dogmatik der Notstand nur dann entschuldigende Wirkung hat, wenn zwei gleichwertige Güter miteinander kollidieren, insbesondere bei der Kollision zweier oder mehrerer Menschenleben (180). Aus dieser Auslegung ergibt sich, daß vor allem das Leben und in gewissem Maße die Körperintegrität als schutzfähig anerkannt werden. Andere Rechtsgüter könnten eventuell auch in Frage kommen, aber nur im Fall der Gleichwertigkeit zwischen dem geschützten und dem verletzten Rechtsgut. Hierfür ist nicht der abstrakte Wert maßgebend, sondern der Wert, den jedes Gut in der konkreten Kollisionslage aufweist.

---

180) In diesem Sinn Antón Oneca, José: Derecho penal, Madrid, 1949, S. 271; Díaz Palos, Fernando: La culpabilidad jurídicopenal, Barcelona, 1954, S. 61-2; Jiménez de Asúa, Luis: Tratado de Derecho penal, Bd. V, Buenos Aires, 1956, S. 985; Rodríguez Devesa, José Ma.: Derecho penal español, Parte general, Madrid, 1974, S. 552; Sáinz Cantero, José Antonio: La exigibilidad de conducta conforme a la norma en Derecho penal, Granada, 1965, S. 123.

2. Der betroffene Personenkreis

Der Notstand entschuldigt den Täter nicht nur im Fall einer eigenen Gefährdung, sondern, innerhalb gewisser Grenzen, auch wenn er die Notstandshandlung begangen hat, um einen Dritten aus einer Gefahrenlage zu retten (Nothilfe). Daher ist der Nottäter nicht immer mit dem Gefährdeten gleichzusetzen; es kann sich dabei durchaus um zwei verschiedene Personen handeln.

Beim entschuldigenden Notstand ist der Kreis der Personen, zugunsten derer eine Nottat begangen werden kann, erheblich geringer als beim rechtfertigenden Notstand. Beim letzteren darf jeder beliebige Dritte gerettet werden; beim ersten dagegen können nur solche Personen gerettet werden, zu denen der Täter eine besondere Beziehung hat. Diese Beschränkung beruht auf dem Gedanken, daß die Gefährdung eines Angehörigen oder sonst nahestehender Person vom Täter als eine eigene Notlage empfunden werden soll (181), denn nur dann ist der für die Entschuldigung erforderliche Motivationsdruck bei ihm anzunehmen.

So besagt §35, daß die Nottat begangen werden kann, "um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden". Diese Bestimmung stellt eine Erweiterung des im alten §54 vorgesehenen Personenkreises dar, der sich auf die Angehörigen beschränkte. Jene Beschränkung hat sich aber als unbefriedigend erwiesen, da

---

181) So Jescheck, AT, S. 390. Auch Henkel, Notstand, S. 123.

persönliche Beziehungen auch außerhalb dieses Personenkreises gleich intensiv sein können. Deswegen ist die Erweiterung des Personenkreises begrüßenswert.

Bei einer näheren Untersuchung der vom Gesetz einbezogenen Personen erkennt man, daß sie in §35 auf zwei verschiedene Weisen beschrieben werden: einmal rein formal (Angehörige), und zum anderen materiell (nahestehende Person). Was die erste Gruppe betrifft, so wird der Motivationsdruck beim Täter gesetzlich vermutet, auch wenn er tatsächlich nicht vorliegt. Bei der zweiten Gruppe ist dagegen die richterliche Feststellung notwendig, daß der Täter tatsächlich aus einem gefühlsbetonten Impuls gehandelt hat (182).

Der Angehörigenbegriff wird von §11, Abs. 1, Nr. 1 bestimmt. Hier kommen folgende Personen in Frage:

1) Angehörige sind an erster Stelle Verwandte gerader Linie, d.h. Personen, von denen blutmäßig die eine von der anderen abstammt (z.B. Eltern und Kinder, Großeltern und Enkelkinder, usw.); die Ehelichkeit der Geburt spielt hier keine Rolle. Zu den Angehörigen zählen ferner Verschwägerte gerader Linie, d.h. Personen, die durch die Ehe mit den Verwandten des Ehegatten oder mit dem Ehegatten eines Verwandten verbunden sind (Schwiegereltern und Schwiegerkinder, Stiefeltern und Stiefkinder, usw.). Die Verschwä-

---

182) In diesem Sinn Dreher, §35, Rdn. 7; Rudolphi, SK, §35, Rdn. 1 und Schmidhäuser, AT, S. 464.

gerten bleiben Angehörige, auch wenn die Ehe, die die Schwägerschaft begründet hat, nicht mehr besteht. Hier kommt es nicht darauf an, ob die Ehe geschieden ist oder sich durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst hat. Fraglich ist allerdings, ob im Fall der Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit der Ehe, die auf ihr beruhende Schwägerschaft bestehen bleibt. Die Aufhebbarkeit bleibt allerdings solange unbeachtlich, bis die Ehe nicht gerichtlich aufgelöst ist (183). Ist die Ehe schon für nichtig erklärt worden, so ist es wegen der Rückwirkung dieser Erklärung so, als ob die Ehe nie rechtlich bestanden hätte. Dies hätte zur Folge, daß die Schwägerschaft auch verneint werden müßte. Hält man sich dagegen an die tatsächlichen eheähnlichen Beziehungen, so wirkt sich dies auch in bezug auf die Verschwägerten aus (184).

2) An zweiter Stelle nennt das Gesetz den Ehegatten. Auch der Ehegatte bleibt Angehöriger, selbst wenn die Ehe geschieden oder für nichtig erklärt worden ist.

3) Als Angehöriger ist auch der bzw. die Verlobte anzusehen. Verlobte sind Personen, die sich gegenseitig ein ernstlich gemeintes Eheversprechen gegeben haben. Auf die zivilrechtliche Gültigkeit des Verlöbnisses kommt es nicht an.

---

183) So Eser, in Schönke-Schröder, §11, Rdn. 8 ff. Auch RG 60, 246; 61, 199.

184) Im letzteren Sinn Baluds, LK, §52, Rdn. 28 ff., Eser, a.a.O. Andere Meinung Jescheck, AT (2. Aufl. S. 364 und BGH 7, 383; OLG Celle NJW 58, 471.

4) Unter den Verwandten oder Verschwägerten in der Seitenlinie sind im Sinn des Gesetzes die Verbindungen ersten Grades als Angehörigkeitsverhältnisse anerkannt, d.h. also Geschwister (uneheliche Geburt ist ohne Bedeutung) oder Schwäger (Ehegatte der Geschwister oder Geschwister des Ehegatten). Bei den leetzteren hat die Beendigung der Ehe keine Auswirkung auf die Angehörigeneigenschaft. Weitere Verwandte in der Seitenlinie, wie Onkel, Tante, Neffe, Nichte, Vetter oder Cousine, gelten nicht als Angehörige. Sie können aber eventuell als nahestehende Personen in Frage kommen.

5) Ferner begründet das Verhältnis zwischen Adoptiveltern und Adoptivkindern die Angehörigeneigenschaft. Diese Beziehung ist seit dem neuen Adoptionsgesetz mit dem Eltern-Kind-Verhältnis gleichzusetzen (§1754 BGB n.F.). Das Verhältnis besteht von dem Moment an, in dem das Vormundschaftsgericht den Adoptionsantrag genehmigt hat. Fraglich ist, ob Adoptiveltern und Adoptivkinder im Sinne des §35 immer noch als Angehörige angesehen werden dürfen, wenn das Annahmeverhältnis aufgehoben wurde. Diese Frage wird vom Gesetz nicht gelöst. Man könnte aber das gleiche Kriterium wie bei der Ehe anwenden und sie immer noch als Angehörige betrachten.

6) Schließlich kommt die Pflegeeltern-Pflegekinder-Beziehung in Frage. Damit wird ein tatsächliches Verhältnis gemeint, das dem natürlichen Eltern-Kinder-Verhältnis sehr nahekommt. Hier wie dort bildet sich

eine dauerhafte Beziehung, die der zwischen natürlichen Eltern und ihren Kindern weitgehend entspricht. Diese Beziehung bleibt auch nach Beendigung des Pflegeverhältnisses bestehen, insbesondere wenn sich das Pflegeverhältnis über eine längere Zeit erstreckt hat (185).

Der Begriff der "nahestehenden Person" wird dagegen im Gesetz weder definiert noch exemplifiziert. Diese Unbestimmtheit eröffnet einen genügenden Spielraum, hat aber gleichzeitig den Nachteil, daß die Konturen des Begriffes der "nahestehenden Person" zu unscharf sind. Der Gleichstellung mit den Angehörigen kann man entnehmen, daß hier ein zwischenmenschliches Verhältnis erforderlich ist, das ähnliche Solidaritätsgefühle hervorruft, wie es normalerweise unter Angehörigen der Fall ist. Die nahestehende Person soll dem Täter so verbunden sein, daß dieser eine Gefahr für sie als eine eigene Drucksituation empfindet (186). Als solche können nahe Verwandte in Frage kommen, die keine Angehörige im Sinne des §11 sind (z.B. Onkel, Neffe, Vetter, usw.) und Personen, die miteinander in einer eheähnlichen Beziehung leben (Konkubinat) oder sonst eine feste Liebesbeziehung haben (der "feste" Freund bzw. die Freundin). Ferner kommen auch nahe Freunde oder langjährige Bedienstete im Haushalt in Frage. Die tatsächliche Verbundenheit zwischen

---

185) In diesem Sinn Eser, in Schönke-Schröder, §11, Rdn. 14.

186) So wird der Begriff der nahestehenden Person von Lenckner (in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 20) und Dreher (§35, Rdn. 7) definiert.

dem Notstandstäter und dem Bedrohten zur Zeit der Tatbegehung muß vom Richter in jedem Fall überprüft werden, da hier anders als bei den Angehörigen ein materielles Kriterium angewendet werden muß.

Eine Frage, die man sich in bezug auf den von der Gefahr Bedrohten stellen kann, ist, ob die Rettung auch gegen seinen Willen entschuldbar ist (187). Das ist z.B. der Fall, wenn der Nothelfer einen Selbstmord verhindert, oder wenn der Gefährdete davor zurückschreckt, daß er auf Kosten des Lebens eines anderen weiterleben darf. Im Schrifttum ist gelegentlich die Auffassung vertreten worden, daß die Nothilfe nur dann zulässig sei, wenn sie dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Gefährdeten entspreche (188). Daß die wirkliche oder mutmaßliche Einwilligung hier jedoch keine Rolle spielen kann, ergibt sich aus zwei Erwägungen: erstens, weil die Einwilligung nur im System der Rechtfertigungsgründe von Bedeutung ist; und zweitens, weil die Einwilligung des Gefährdeten bezüglich der Verletzung fremder Rechtsgüter - falls er die Nothilfe annimmt - keine rechtliche Wirkung hat, da sie nur in bezug auf verfügbare Güter erfolgen kann. Lehnt der Gefährdete dagegen die Rettung ab, so kann von Einwilligung in die eigene Verletzung auch hier keine Rede sein, da sie einen Eingriff voraussetzt, und der Nothelfer keinen Eingriff vornimmt, sondern,

---

187) So z.B. in den Entwürfen von 1913 und 1919.

188) In diesem Sinn v. Hippel, der hier den Gedanken der Geschäftsführung ohne Antrag heranziehen will (vgl. Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 231). Auch Hartung (JR, 1931, S. 61 ff.), der allerdings zwei Ausnahmen anerkennt: Der entgegenstehende Wille des Gefährdeten schließe die Entschuldbarkeit nicht aus, soweit die Handlung einer sittlichen Pflicht oder dem öffentlichen Interesse entspreche.

ganz im Gegenteil, den Gefährdeten vor einem drohenden Schaden schützt. Etwas anderes dürfte im Fall einer Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation, aber gegen den Willen der Schwangeren, gelten, wenn sie vom Ehemann zur Rettung der Frau durchgeführt wird. Dieser Fall verdient insofern eine besondere Behandlung, als bei ihm die rettende Handlung gleichzeitig einen Eingriff in den Leib und das Mutterrecht der Gefährdeten darstellt (189). Somit ist die Schwangere Gefährdete und von der Notstandshandlung Betroffene zugleich. Hier verdient die Selbstbestimmung der Frau Beachtung, weil die Entscheidung in diesem Fall aus einer billigen Motivation entsteht, nämlich dem Kind das Leben zu schenken. Bei einem Selbstmord gilt etwas anderes. Daher könnte in diesem Fall der entgegenstehende Wille der Frau ein Hindernis für die Entschuldbarkeit bedeuten, wobei allerdings die Möglichkeit noch offen bleibt, daß der Ehemann aufgrund einer entschuldigenden Pflichtenkollision entschuldigt werden könnte.

Von diesem Ausnahmefall abgesehen kann der Entschuldigung einer Notstandshandlung gegen den Willen des Geretteten nichts im Wege stehen. Das ergibt sich aus den beiden tragenden Gedanken des entschuldigenden Notstandes: zunächst wird objektiv ein Rechtsgut gerettet, auch wenn dies vom Betroffenen subjektiv nicht als Rettung empfunden wird. Dadurch wird eine

---

189) So Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 281 ff.

Unrechtsminderung bewirkt, unabhängig davon, ob der Rechtsgutsträger damit einverstanden ist oder nicht, da hier aus dem oben Gesagten die Einwilligung nicht in Frage kommt. Zum anderen hat die emotionelle Verbindung zwischen dem Gefährdeten und dem Nothelfer zur Folge, daß der Letztere die Gefährdung des Angehörigen bzw. der nahestehenden Person als eine eigene Not empfindet, so daß er sich selbst mittelbar im Notstand befunden hat (190). Nur auf diese Weise ist die Notstandshandlung entschuldigt, die, um einen Selbstmord zu verhindern, begangen wird.

Auslandsrecht

Eine dem §35 ähnliche Bestimmung in bezug auf die Personen, die im entschuldigenden Notstand gerettet werden können, findet man im griechischen StGB von 1950 (Art. 32), beschränkt allerdings auf Verwandte gerader Linie, Geschwister und Ehegatten. Das gleiche gilt für das brasilianische StGB, das den betroffenen Personenkreis folgenderweise erfaßt: "eine andere Person, mit der der Täter durch enge Verwandtschaft oder Zuneigung verbunden ist". Andere Gesetzbücher, wie z.B. das spanische, sprechen ohne weitere Präzisierung von "einem anderen". Die spanische Lehre hat aber eine Beschränkung verlangt; so vertritt Antón Oneca die Auffassung, daß die Nothilfe nur dann zulässig sei, wenn zwischen dem Nothelfer und dem Ge-

---

190) In diesem Sinn Henkel, Der Notstand, S. 123; in Italien entscheidet sich Manzini für diese Lösung, vgl. a.a.O., S. 334.

retteten eine derartige Verbundenheit besteht, die jenen dazu veranlaßt, die fremde Not als eigene zu empfinden. Dies dürfte normalerweise nur zwischen engen Verwandten oder ausnahmsweise zwischen Personen, die durch eine gleichwertige Zuneigung verbunden sind, der Fall sein (191).

In Italien dagegen, wo das Gesetz auch von "einem anderen" spricht, ist die Nothilfe jedoch nach der h. M. zugunsten jedes beliebigen Dritten möglich. Anderer Meinung ist Paoli, der sie auf die Fälle, in denen die Beziehung auf Verwandtschaft oder Zuneigung beruht, begrenzen will (192).

Eine entsprechende Formulierung enthalten das österreichische und das schweizerische StGB. In bezug auf das Letztere ist die Lehre der Auffassung, daß Nothilfe zugunsten jedes Dritten grundsätzlich zulässig sei (193). In Österreich ist diese Frage umstritten; so vertritt Rittler die Meinung, daß der Nothelfer nur dann entschuldigt sei, wenn er die Not des anderen so tief empfand, daß er sich genötigt fühlte, einzugreifen. Dies sei namentlich der Fall, wenn der Nothelfer ein Angehöriger ist oder sonst dem zu Rettenden nahesteht (194). In Leukauf-Steininger wird dagegen die Ansicht vertreten, daß die Nothilfe zugunsten "eines jeden anderen Menschen" zulässig sei (195).

---

191) a.a.O., S. 272.

192) Principii di Diritto penale, S. 121 (zit. von Maggiore, a.a.O., S. 282).

193) In diesem Sinn Germann, a.a.O., S. 219; Hafter, a.a.O., S. 153; Thormann-v.Overbeck, a.a.O. S. 145

194) Vgl. a.a.O., S. 239.

195) a.a.O., S. 98.

B) Voraussetzungen des entschuldigenden Notstandes

1. Die Notstandslage

a) Das Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr

Erste und wesentliche Voraussetzung jedes Notstandes ist das Vorliegen einer ein Rechtsgut bedrohenden Gefahr. Beim entschuldigenden Notstand muß es sich, wie oben dargestellt, um eine Gefahr für das Leben, den Leib oder die Freiheit handeln.

aa) Gefahrbegriff:

Zur Bestimmung des Gefahrbegriffs ist zunächst zu sagen, daß er auf einer Prognose über die künftige Entwicklung eines Kausalprozesses beruht. Gefahr ist somit die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens. Da das Urteil, daß eine Gefahr bestehe, auf einer mehr oder minder großen Wahrscheinlichkeit basiert, kann die Verwirklichung des befürchteten Ereignisses nicht mit absoluter Sicherheit erwartet werden. So stellt das Gefahrurteil ein hypothetisches Urteil dar, dessen Grundlage die gesamte Handlungssituation ist.

Die erste Frage, die das Gefahrurteil aufwirft, ist, anhand welcher Kriterien es zu fällen ist. Nach der h.M. ist hier die Prognose aus der Sicht eines "objektiven verstän-

digen Beobachters in der konkreten Situation", oder "nach der menschlichen Erfahrung und den Gesetzen der Kausalität" oder einfacher "nach sachkundigem Urteil" maßgebend (196). Neuerdings ist die Meinung vertreten worden, daß man sich mit solchen Formeln nicht begnügen könne, vielmehr sei die Frage, ob eine Gefahr vorliege, nach der Sachkunde zu entscheiden, "welche alle Gegenwartserkenntnisse umfaßt" (197). In derselben Richtung äußert sich Lenckner: maßgeblich für die Prognose sei die Sachkunde, "die das gesamte menschliche Erfahrungswissen im Zeitpunkt der Handlung umfaßt" (198). Nur gemäß eines solchen streng objektiven Maßstabs - meinen diese Autoren - könne das Gefahrurteil der tatsächlichen Situation entsprechen. Deshalb sei auch das normale, durchschnittliche Urteilsvermögen und erst recht dasjenige des individuellen Täters irrelevant (199). Individuelles Zurückbleiben des Einzeltäters hinter diesen Erkenntnismöglichkeiten sei nur im Rahmen des Irrtums von Bedeutung (200).

Ohne bestreiten zu wollen, daß das höchst subjektive Erlebnis des Täters keinen Maßstab für das Urteil über das Vorhandensein einer Gefahr bieten

---

196) So Baldus, LK, vor §51, Rdn. 57, und §52, Rdn.

197) So Blei, AT, S. 150.

198) In Schönke-Schröder, §34, Rdn. 14.

199) Ebenda.

200) So Blei, a.a.O., und Lenckner, a.a.O.

kann und daß insofern dieses Urteil objektiv sein muß, scheint jedoch die oben erwähnte Auffassung zu streng. Man darf vor allem nicht außer Acht lassen, daß die Rechtsnormen eine Richtlinie für das menschliche Verhalten darstellen und insofern an den Durchschnittsmenschen gerichtet sind. Vor einer Gefahrlage ist es dieser Durchschnittsmensch, der entscheiden muß, was das Recht in dieser konkreten Situation von ihm verlangt bzw. duldet. Und diese Entscheidung soll er nach bestem Wissen und Gewissen treffen. Würde man dagegen das gesamte Wissen der Menschheit dem Gefahrurteil zugrundelegen, so hätte dies zur Folge, daß niemand in Notstand handeln könnte, denn niemand verfügt über eine solche Allwissenheit. Würde man einwenden, daß dies nicht so gemeint sei, sondern daß das gesamte menschliche Erfahrungswissen lediglich den Maßstab für die nachträgliche Prognose ermitteln solle, dann scheint es unbillig, anhand solcher Kenntnisse einen Menschen zu beurteilen, der darüber nicht verfügte und insofern sozusagen "blind" handeln mußte. Dies ergibt sich schon aus der Definition der Prognose als ex-ante Urteil, nach dem der Richter sich in der konkreten Situation des Täters zu versetzen habe; zu dieser konkreten Situation gehört auch die individuelle Erkenntnismöglichkeit des Handelnden.

Ferner ist zu beachten, daß dieser streng objektive Maßstab, der anhand des §34 erarbeitet wurde, schon deshalb hier nicht in Betracht kommen kann, weil die Gefahr, von der im §35 die Rede ist, nur für den Bereich der Entschuldbarkeit, nicht aber für die Rechtfertigung von Bedeutung ist. In die-

ser Hinsicht sagt Lenckner, daß dahingestellt bleiben könne, ob dieser strenge Maßstab immer gelte, wenn das Recht an den Gefahrbegriff anknüpft (201). Ausdrücklich erwähnt Blei wie folgend die unterschiedliche Beurteilung der Gefahr in beiden Fällen: "Die Antwort ergibt sich daraus, daß es sich bei der Gefahr (im Sinne des §34) um die Voraussetzung eines Rechtfertigungsgrundes handelt und nicht um eine Frage der Vorwerfbarkeit, bei der allein eine Orientierung an der persönlichen oder vom Durchschnittsfachmann erwarteten Leistungsfähigkeit angemessen wäre" (202).

In diese Richtung geht auch die Kritik Schaffsteins. Dieser Autor fragt sich, ob der strenge Maßstab Bleis und Lenckners in der praktischen Handhabung überhaupt durchzuhalten sei. Dies dürfte vor allem dann zweifelhaft sein, wenn die Gefahrquelle ein erwartetes menschliches Verhalten sei (203).

Aus den oben genannten Gründen ist dem Vorschlag Schaffsteins zuzustimmen, nach dem weder ein streng objektiver noch ein rein subjektiver Maßstab dem Gefahrurteil zugrunde liegen solle. Vielmehr sei für diesesUrteil ein objektiver Maßstab entscheidend, der aber zugleich individuelle Momente berücksichtige. Hierfür sei vom "objektiven verständigen Beobachter in der konkreten Situation

---

201) Vgl. a.a.O.

202) a.a.O., S. 150

203) Vgl. Festschrift für Bruns, 1978, S. 98.

des Täters" auszugehen, wobei auch das individuelle Kausalwissen des Handelnden, das über das des besonnenen Beobachters hinausgeht, berücksichtigt werden müsse. So sei nicht die gleiche Erkenntnismöglichkeit von einem Bankbeamten zu erwarten, der mit einer wie echt aussehenden Spielzeugpistole bedroht wird, wie von einem Waffenhändler (204). Somit stelle das ex-ante Urteil über das Vorliegen einer Gefahr ein kognitives Urteil aufgrund generellen Erfahrungswissens und spezieller Kenntnisse des Handelnden dar.

Eine zweite Frage, die hinsichtlich des Gefahrurteils entsteht, ist diejenige nach dem Wahrscheinlichkeitsgrad, den sie erreichen soll, damit von einer Gefahr die Rede sein kann. Zu dieser Frage hat die Rechtsprechung mit sehr verschiedenen Formulierungen Stellung genommen. So hat sie in einigen Entscheidungen eine "an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit" verlangt, oder, daß der Schadenseintritt "sicher oder höchstwahrscheinlich" sein müsse (205); in anderen dagegen begnügt sie sich damit, daß der Schadenseintritt wahrscheinlicher sein müsse als dessen Ausbleiben (206). Neuere Entscheidungen stellen dagegen auf weniger strenge Kriterien ab, wie z.B., daß die "Möglichkeit eines Schadens naheliegt" (207), oder daß ein Schaden "ernstlich zu befürchten" sei, oder daß die Befürchtung "in hohem Maß" begründet sei (208).

---

204) Ebenda, S. 101 ff.

205) So OGH, 1, 369 und RG 66, 225.

206) BGH 8, 31; 11, 164; 13, 70.

207) BGH 18, 271; 19, 263; 22, 341.

208) BGH 22, 341; BGH NJW 1951, 769.

Diese letztgenannten Formulierungen sind deshalb vorzuziehen, weil der Wahrscheinlichkeitsgrad nicht mit mathematischer Präzision festgestellt werden kann; es reicht also, wenn mit dem Schadenseintritt vernünftigerweise zu rechnen ist (209).

bb) Gegenwärtigkeit der Gefahr:

Zu der Gefahr als Grundlage des entschuldigenden Notstandes muß noch die Eigenschaft der Gegenwärtigkeit hinzukommen. Gegenwärtig ist die Gefahr, die unmittelbar oder sehr nahe bevorsteht. Erst in weiter Zukunft drohende Gefahren sind keine Notstandsgrundlage, da bei ihnen die Vorbeugung normalerweise auf andere, nicht sozialschädliche Weise möglich ist. Ebensowenig ist die Gefahr gegenwärtig, wenn das Übel schon endgültig eingetreten ist. Der Bedrohte darf also zeitlich so eingreifen, daß er das Übel jedenfalls noch sicher abwenden kann (210). Im gleichen Sinn sagt Lenckner: "Gegenwärtig ist die Gefahr dann, wenn sie eine gegenwärtige Abwehr erforderlich macht" (211).

Zu bemerken ist aber, daß die Gegenwärtigkeit nicht nur bei einer plötzlich auftauchenden Gefahr (Augenblicksgefahr), sondern auch bei einer permanenten oder Dauergefahr gegeben ist. Unter Dauergefahr ist eine Gefahrlage zu verstehen, die jederzeit in eine Schädigung umschlagen kann. Bei

---

209) So Baldus, LK, §52, Rdn. 16; Lenckner, in Schönke-Schröder, a.a.O., und Schaffstein, a.a.O., S. 104.

210) So v. Hippel, a.a.O., S. 220, Anm. 7.

211) So Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 82. Ähnlich RG 60, 319; 66, 223; BGH 5, 373.

ihr ist also mit der Verwirklichung des drohenden Schadens in jedem Augenblick zu rechnen (212). Darüber hinaus hat die Rechtsprechung eine gegenwärtige Gefahr auch dann angenommen, wenn der Eintritt des befürchteten Ereignisses erst nach Ablauf einer gewissen Zeit zu erwarten ist, es aber nur durch sofortiges Handeln wirksam abgewendet werden kann (213). Eine kritische Haltung gegen eine weite Auslegung der Dauergefahr vertritt vor allem H. Mayer, der den Freispruch des Sohnes in RG 60, 318, der seinen gewalttätigen und trunksüchtigen Vater ermordete, um weitere Mißhandlungen der Familienmitglieder zu vermeiden, für unrichtig hält. Er meint, daß in diesem Fall eine Gegenwärtigkeit der Gefahr deshalb nicht gegeben war, weil Anzeichen für eine unmittelbare Wiederholung der Mißhandlung nicht vorlagen (214). Auch Jescheck äußert Bedenken hinsichtlich der Rechtsprechung zur Dauergefahr: "Diese Rechtsprechung läuft indessen auf eine bedenkliche Lockerung des Rechtsgehorsams hinaus, da von einem Zwang zu sofortigem Handeln meist keine Rede sein kann" (215).

---

212) Als Dauergefahr hat die Rechtsprechung folgende Fälle anerkannt: Die Baufälligkeit eines Hauses (RG 59, 69); ständige Gewalttätigkeiten eines Trunksüchtigen (RG 60, 318; ähnlich, aber einschränkend OGH 1, 369); ständige Gefahr der Rache politischer Gegner (RG 66, 98).

213) So RG 36, 339; 60, 318; 66, 100; 66, 222. Auch Baldus, LK, §52, Rdn. 19; Eser, Strafrecht I, 19, A 10; Lenckner, in Schönke-Schröder, §34, Rdn. 17; Rudolphi, SK, §35, Rdn. 7; Stratenwerth, AT, S. 181. Im gleichen Sinn spricht Horstkotte von einer "antizipierten Notwehr" (Niederschriften, Bd. V, S. 1842).

214) Lehrbuch, S. 193. Auch JW 1932, S. 2292. Dazu meint Lenckner, daß die Kritik insofern berechtigt ist, als in diesem Fall von einer Dauergefahr zu sprechen mißverständlich ist, da für sie charakteristisch ist, daß sie sich über einen längeren Zeitraum hinweg in jedem Augenblick realisieren kann (in Schönke-Schröder, §34, Rdn. 17).

215) Jescheck, AT, S. 318 (1. Aufl.) u. S. 363 (2. Aufl.); in der 3. Aufl. erscheint diese Kritik nicht mehr.

cc) Erheblichkeit der Gefahr:

Zusätzlich zur Gegenwärtigkeit muß die Gefahr nach der h.M. die Bedingung der Erheblichkeit erfüllen. Das wurde schon oben in bezug auf die notstandsfähigen Güter erwähnt, systematisch gehört diese Frage aber hierher. Die Erheblichkeit der Gefahr wird vom Gesetz ausdrücklich nicht verlangt; sie ergibt sich aber schon aus der Zusammenstellung von Leben, Leib und Freiheit, welche so auszulegen ist, daß nur solche Gefahren eine Notstandslage begründen, die beim Täter einen ähnlichen Motivationsdruck bewirken können, wie die Gefährdung des Lebens (215a). Ferner ergibt sich diese Bedingung aus der Zumutbarkeitsklausel, denn, wie Maurach mit Recht bemerkt, sind unbedeutende Beeinträchtigungen der in Frage kommenden Güter durchaus zumutbar (216). Auch Henkel sagt in diesem Sinn, daß es selbstverständlich erscheine, daß kleine Nöte, Unbequemlichkeiten des täglichen Lebens nicht ohne weiteres auf fremde Kosten beseitigt werden dürfen (217). Deswegen bildet eine geringfügige Gefährdung keine Gefahr im Sinne des §35 (218).

215a) So Dreher, §35, Anm. 4; Jescheck, AT, S. 389; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn.9. Ähnlich Kohlrausch-Lange, §54, V; Maurach, AT, S.403

216) AT, S. 403. Auch RG 29, 78; 66, 397.

217) Der Notstand, S. 112.

218) In diesem Sinn Baldus, LK, §52, Anm. 20; Dreher, a.a.O; Jescheck, a.a.O., Lenckner, a.a.O.; Maurach, a.a.O; Mezger-Blei, AT, S. 185; Rudolphi, SK, §35, Rdn. 8; Schmidhäuser, AT, S. 465; Stratenwerth, AT, S. 181; Horstkotte, Niederschriften, V, S. 1843.

b) Ursprung der Gefahr

Im Schrifttum besteht allgemeine Übereinstimmung darüber, daß der Ursprung der Gefahr völlig irrelevant sei. Als Quelle der Gefahr kommen insbesondere Naturereignisse und menschliches Verhalten in Frage. Als Naturereignisse können beispielsweise Blitzschlag, Brand, Explosion, Überschwemmung, Schiffbruch oder Flugzeugabsturz, Versagen technischer Einrichtungen, usw. genannt werden. Ferner kommen auch solche Gefahren in Betracht, die von einer Sache (baufälliges Gebäude) oder von einem wilden Tier ausgehen. Auch wirtschaftliche Verhältnisse (z.B. Inflation, Lebensmittelverknappung, Zwangsbewirtschaftung) können in manchen Fällen eine Notlage im Sinne des §35 begründen.

Gefahren, die von einem menschlichen Verhalten ausgehen, können durch Gewaltanwendung (nur als vis compulsiva, da bei vis absoluta schon die Handlung fehlt) oder Drohungen herbeigeführt werden (Nötigungsnotstand). Es kann sich auch um Gefahren handeln, die von einer verhaltensgestörten Person, wie z.B. Geisteskranken, Alkoholikern, Gewalttätigen ausgehen (219). Auch im politischen Terror ist eine Gefahrquelle gesehen worden (220). Die Gefahr kann sogar durch behördliche Anordnungen oder Unterlassungen verursacht werden (221). Schließlich kann die Gefahr vom Bedrohten

---

219) So RG 43, 342; 60, 318.

220) RG 66, 222.

221) So z.B. die Verweisung eines Kindes in eine Fürsorgeerziehungsanstalt, in welcher Gesundheitsschaden ihm drohen (RG 41, 214; auch OLG Neustadt NJW 51, 852, und RG DR 43, 1136).

selbst kommen (z.B. Selbstverstümmelungs- oder Selbstmordgefahr), so daß sich der Nothelfer auch in diesem Fall auf den Notstand berufen kann (222).

Auslandsrecht:

Die Gefahr, die die Notstandsgrundlage bildet, wird in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich charakterisiert. Auf eine objektiv gegebene Gefahrlage stellen das brasilianische und das mexikanische StGB ab, indem sie ausdrücklich verlangen, daß die Gefahr wirklich vorhanden sein muß. Gleiches galt für das spanische StGB von 1848; seit 1932 erscheint aber dieses Merkmal nicht mehr. Diese Voraussetzung der Tatsächlichkeit der Gefahr kann als überflüssig empfunden werden, da eine Notlage, die nur in der Einbildung des Täters vorliegt (Putativnotstand), nach deutschem Recht nicht entschuldigt wird. Zu beachten ist jedoch, daß dieser Grundsatz nicht überall anerkannt wird (223). Was die Gegenwärtigkeit betrifft, wird sie allgemein verlangt, auch wenn dafür verschiedene Ausdrücke verwendet werden: eine unmittelbare Gefahr verlangen die Gesetzbücher von Österreich und der Schweiz. Im italienischen und griechischen Recht ist lediglich von einer gegenwärtigen Gefahr die Rede; das gleiche gilt für das brasilianische StGB. In spanischsprachigen Ländern wird dieses Merkmal mit dem Wort "inminente" (= sehr nah bevor-

---

222) In diesem Sinn Baldus, LK, §52, Rdn. 16 (daß er diese Möglichkeit beim §54, Rdn. 5 verneint, spielt jetzt keine Rolle mehr); Jescheck, AT, S. 389; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 14; Rudolphi, SK, §35, Rdn. 6; Welzel, Lb., §23 I 2 a. Auch RG 38, 127; RG HRR 37, 133. Andere Meinung H. Mayer, Lb., S. 194, und Schönke-Schröder (17. Aufl.), §54, Rdn. 6.

223) So meint in Spanien Rodríguez Mourullo, daß auch in diesem Fall der Täter entschuldigt werden soll (Comentarios, Bd. I, S. 275).

stehend) bezeichnet. So steht es z.B. im argentinischen StGB von 1921 (Art. 34, Nr. 2), im mexikanischen Gesetzbuch von 1931 (Art. 15, IV), und im peruanischen von 1924 (Art. 85).

Auf die Erheblichkeit oder Schwere der Gefahr stellen zahlreiche Gesetzbücher ab. So ist für das österreichische StGB ein "bedeutender" Nachteil erforderlich. Im italienischen Recht ist von einer "schweren" ("grave") Gefahr die Rede. Das spanische StGB erwähnt dieses Merkmal nicht; es wird aber z. T. von der Lehre und der Rechtsprechung verlangt (224). Die Erforderlichkeit einer schweren Gefahr wird auch im argentinischen, mexikanischen und bolivianischen StGB erwähnt.

Was den Ursprung der Gefahr betrifft, so wird in zahlreichen Rechtsordnungen lediglich die Gewalt oder Drohungen eines Dritten berücksichtigt:: das ist in Argentinien, Belgien, Bolivien, Frankreich und Holland der Fall. Das italienische Recht, das jede Gefahr als Notstandsgrundlage anerkennt, enthält im Abs. 3 eine besondere Regelung des Nötigungsnotstandes: in diesem Fall ist derjenige für die vom Bedrohten begangene Tat verantwortlich, der ihn dazu gezwungen hat.

---

224) In diesem Sinn Antón Oneca, a.a.O., S. 266; Rodríguez Devesa, a.a.O., S. 488; Rodríguez Mourullo, a.a.O.; auch E. vom 6.11.1943; 28.11.1944; 22.10.1946; 3.2.1954.

b) Die Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr

Außer den oben genannten Voraussetzungen, die die Gefahr zu erfüllen hat, muß sie auch, gemäß dem Wortlaut des §35, auf eine andere Weise nicht abwendbar sein. Dieser Ausdruck hat schon eine lange Tradition im deutschen Strafrecht, denn er war Bestandteil der alten §§52 und 54 StGB und auch der jeweiligen Notstandsregelung aller Gesetzentwürfe mit Ausnahme des Alternativentwurfs (225). Trotzdem ist er aber nicht sehr glücklich gewählt (226). Denn die "Nicht-anders-Abwendbarkeit" ist nicht wie die Gegenwärtigkeit eine Eigenschaft der Gefahr, vielmehr stellt sie die für den Notstand typische Rechtsgüterkollision dar, d.h. die Lage, in der sich zwei rechtlich geschützte Güter befinden, von denen das eine nur durch die Verletzung des anderen aus einer Gefahr gerettet werden kann. Diese ausschließende Alternative kommt aber im wirklichen Leben selten vor. Viel öfter geschieht es, daß sich statt eines einzigen Ausweges mehrere Rettungsmöglichkeiten bieten. Hier könnte das Erfordernis der "Nicht-anders-Abwendbarkeit" zu Mißverständnissen führen, denn man könnte dann behaupten, daß die Gefahr doch anders abwendbar sei; so z.B. wenn Jemand, um sich aus einer Lebensgefahr zu retten, zwischen der Tötung des A oder des B wählen kann (227). Dieser Einwand ist

---

225) Der Grund für das Ausbleiben der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr im AE ist, daß er den Notstand aus einer subjektiven Sicht auffaßt, und diese Voraussetzung hat einen objektiven Charakter. Außerdem ist sie von der allgemeinen Zumutbarkeitsklausel gedeckt (Vgl. Horstkotte, Niederschriften, Bd. V, S. 1844).

226) Vgl. Stree, JuS, 1973, S. 463. Auch kritisch Henkel, Notstand, S. 114.

227) Beispiel bei Henkel, ebenda. Siehe auch Stree, a.a.O

aber nicht so gravierend, da ihm durch eine entsprechende Auslegung Rechnung getragen werden kann. Abzustellen ist selbstverständlich nicht darauf, ob die Gefahr durch die Tötung dieses oder jenes Menschen beseitigt werden kann, sondern durch Tötung eines Menschen überhaupt. Gemeint ist also die "Anders-Abwendbarkeit" entweder durch eine rechtmäßige Handlung (Flucht, Notwehr, rechtfertigender Notstand), oder, wenn das nicht möglich ist, durch einen weniger schädlichen Eingriff (228).

Von erheblich größerer Bedeutung ist die Frage, nach welchen Kriterien die "Nicht-anders-Abwendbarkeit" entschieden werden soll. Auch dieses Merkmal, genauso wie der Gefahrbegriff selbst, beruht auf einer Prognose - einem hypothetischen Urteil also - darüber, ob die Rettung möglich wäre, wenn statt dieser eine andere Notstandshandlung vorgenommen würde (229). Die anderweitige Abwendbarkeit ergibt sich also aus einem objektiven ex-ante Urteil aufgrund der konkreten Kollisionslage (230). Hier wird die Objektivität des Urteils, genauso wie bei der Gefahrprognose, dadurch relativiert, daß die Erkenntnismöglichkeit des Täters auch mitberücksichtigt werden muß (231), ohne daß es damit auf das "subjektive Erlebnis" des Handelnden ankommt (232).

---

228) So RG 66, 102; 66, 222.

229) So Schaffstein, a.a.O., S. 94 f.

230) So schon Binding, Handbuch, S. 776. Neuerdings auch Lenckner, in Schönke-Schröder, §34, Rdn. 18; Maurach, AT, S. 404; Schaffstein, a.a.O.; Stree, Einführung, S. 55; Wessels, AT, S. 76. Andere Meinung Schmidhäuser, AT., S. 467.

231) So Schaffstein, a.a.O., S. 102.

232) So aber Schmidhäuser, a.a.O.

Soweit mit der "Nicht-anders-Abwendbarkeit" lediglich die Kollisionslage, in der zwei oder mehrere Rechtsgüter stehen, gemeint wird, gehört sie zur objektiven Notstandslage. Wenn darunter aber die Wahl des relativ mildesten Mittel zur Gefahrabwendung verstanden wird, dann soll sie als Erforderlichkeit der Notstandshandlung bei der Behandlung der letzteren erörtert werden (233). Zu bemerken ist jedoch, daß die "Nicht-anders-Abwendbarkeit" der Gefahr und die Erforderlichkeit der Notstandshandlung ein und dasselbe bedeuten, allerdings von verschiedenen Perspektiven aus gesehen; einmal objektiv bei der Kollisionslage, und zum anderen aus der Sicht des in Not Befindlichen. Beide Aspekte kann man freilich nicht absolut trennen, denn die Notstandslage muß vom Täter erkannt werden, damit er überhaupt aus Not handelt.

2. Die Notstandshandlung

a) Die Erforderlichkeit der Notstandshandlung

Notstandshandlung ist der rechtswidrige Eingriff in rechtlich geschützte Interessen Dritter bzw. der Allgemeinheit, den der Täter zum Zweck der Gefahrabwendung vornimmt. Damit die Notstandshandlung entschuldigt wird, muß sie im Rahmen des §35 erfolgen.

---

233) Diese doppelte Behandlung wird auch bei Eser, (Strafrecht I, 19, A 13) angedeutet.

Erste Voraussetzung dafür ist, daß sie nicht über das Maß des Erforderlichen hinausgeht. Die Erforderlichkeit der Notstandshandlung wird als solche im Gesetz nicht verlangt; sie ergibt sich aber, wie oben schon gesagt wurde, aus der "Nicht-anders-Abwendbarkeit" der Gefahr. Die Erforderlichkeit läßt sich auf eine doppelte Weise bestimmen. Erstens muß die Handlung ein geeignetes Mittel sein, um die Gefahr abzuwenden, da nur unter dieser Voraussetzung die Aufopferung eines Rechtsgutes überhaupt einen Sinn hat. Geeignet ist die Handlung, wenn sie tatsächlich die Beseitigung der Gefahr bewirken kann. Entscheidend für die Beurteilung über das Geeignetsein der Notstandshandlung ist ein ex-ante Urteil auf Grund einer Würdigung der Gesamtsituation, in der sich der Täter befindet. Dabei kann man aber eine absolute Sicherheit des Erfolges nicht erwarten. Die Geeignetheit kann also nicht nach dem Ergebnis beurteilt werden, so daß die Notstandshandlung, auch wenn sie im konkreten Fall zu keinem Erfolg geführt hat, geeignet sein kann, sofern sie erfahrungsgemäß wirksam und opportun hätte sein können (234).

Die Erforderlichkeit bedeutet aber auch, daß die Verletzung eines Rechtsgutes nur soweit geduldet werden kann, als sie für die Rettung absolut not-

---

234) Darüber ausführlich Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 79 ff. und in Schönke-Schröder, §34, Rdn. 18 ff. und §35, Rdn. 16. Auch Baldus, LK, §54, Rdn. 15; Jescheck, AT, S. 390; Maurach, AT, S. 404; Rudolphi, SK, §35, Rdn. 10; Wessels, AT, S. 76.

wendig war. Der Täter muß deswegen, wenn ihm mehrere mögliche Rettungshandlungen zur Verfügung stehen, immer den mildesten und schonendsten Ausweg wählen. Die Notstandshandlung muß also die ultima ratio darstellen.

Damit ist zunächst gemeint, daß grundsätzlich - d.h. vorbehaltlich des unten behandelten Gesichtspunktes der Zumutbarkeit - jedes rechtmäßige Ausweichen ausgeschlossen sein muß, um sich auf den entschuldigenden Notstand berufen zu dürfen. Ist es also möglich, sich der Gefahr durch Flucht zu entziehen, dann ist sie geboten. Gleiches gilt, wenn die Voraussetzungen der Notwehr oder des rechtfertigenden Notstands gegeben sind (235). Die Wahl des relativ mildesten Eingriffs ergibt sich zunächst anhand eines Wertvergleichs der in Frage kommenden Güter, deren Verletzung die Erhaltung des gefährdeten Gutes ermöglichen kann. Wäre z.B. eine Verletzung der Körperintegrität zur Gefahrabwendung ausreichend, dann ist die Vernichtung des Lebens nicht entschuldigt.

Das relativ mildeste Mittel hängt aber nicht nur vom konkreten Wert des beeinträchtigten Gutes, sondern auch vom Ausmaß des Eingriffs ab. Wo eine leichte

---

235) In diesem Sinn Baldus, LK, §54, Rdn. 17; Baumann, AT, S. 469; Dreher, §35, Rdn. 1; Jescheck, AT, S. 390; Kohlrausch-Lange, §54, VI; Lackner, §35, Rdn. 2a; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 80 ff., auch Strafe ..., S. 70; und in Schönke-Schröder §35, Rdn. 16; Liszt-Schmidt, Lb, S. 286; Maurach, AT, S. 404; H. Mayer, Lb, S. 194; Mezger, Lb., S. 369; Mezger-Blei, AT., S. 186; Rudolphi, SK, §35, Rdn. 10; Welzel, AT, S. 180. Auch RG 66, 1021; 66, 226; BGH 1, 391; 2, 245; 18, 311; BGH NJW 52, 111; 66, 1923.

Körperverletzung genügt, um die Gefahr zu beseitigen, darf also keine schwerere begangen werden. Ferner ist auch die Art und Weise der Durchführung zu berücksichtigen (236).

Der Täter muß den relativ mildesten Ausweg wählen, auch wenn dieser mit Schwierigkeiten, Unbequemlichkeiten oder gar Risiken verbunden ist. Er darf sich also nicht für die einfachste und bequemste Lösung entscheiden, wenn diese ein größeres Unrecht bedeutet (237). Bei der Wahl des relativ mildesten Ausweges geht es aber nicht um den absolut mildesten Ausweg, sondern um das zumutbare letzte Mittel zur Gefahrabwendung (238). Deshalb vertritt Lenckner die Auffassung, daß schon bei der Erforderlichkeit der Notstandshandlung die Zumutbarkeit als Korrektiv eintritt, auch wenn die ausdrückliche Erwägung der Zumutbarkeit erst im zweiten Satz vorkommt (239). Im allgemeinen sind als zumutbare Maßnahmen solche zu verstehen, die "der durchschnittliche, sittlich denkende Mensch unter den gegebenen individuellen Begleitumständen ergreifen würde" (240). Die Recht-

---

236) Die Rechtsprechung hat die Erforderlichkeit der Notstandshandlung dort nicht anerkannt, wo statt Meineid eine Aussageverweigerung genügt hätte (RG 66, 222), oder wenn statt Fahnenflucht eine Befehlsverweigerung die Gefahr hätte beseitigen können (Bay OLG GA 1973, 208). Kritisch zu dieser letzten Entscheidung Eser (I 19 A 16).

237) So darf sich ein Kraftfahrer nach einem Verkehrsunfall vor drohenden Zuschauern nur so weit vom Unfallort entfernen, wie seine Sicherheit es gebietet (Bay OLG DAR 56, 15).

238) In diesem Sinn Baldus, LK, §52, Rdn. 21; Jescheck, AT, S. 390; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 16.

239) In Schönke-Schröder, §35, Rdn. 16. Zustimmend Jescheck, AT, S. 390.

240) BGH 3, 341.

sprechung hat aber auch gewisse Regeln entwickelt, die die Zumutbarkeit in bezug auf die Wahl des mildesten Auswegs genauer bestimmen. So sind z.B. die Anforderungen an das Bemühen des Täters, die Gefahr auf eine andere Weise zu bewältigen um so höher, je schwerwiegender das begangene Unrecht ist (241). Das Verschulden der Notstandslage kann auch hier eine Rolle spielen, denn in diesem Fall sollte sich der Täter mehr bemühen, einen anderen Ausweg zu finden, als wenn die Notstandslage unverschuldet entstanden wäre (242). Ferner soll auch die Erheblichkeit der Gefahr berücksichtigt werden: je geringfügiger sie ist, desto mehr kann man vom Täter verlangen, ihr auf eine andere Weise zu entgehen.

Überschreitet der Täter die Grenzen des Erforderlichen (Notstandsexzeß), so könnte man sich fragen, ob eine analoge Anwendung des §33 (Notwehrüberschreitung) zulässig wäre. Nach der h.M. ist aber diese Frage zu verneinen, da das Schweigen des Gesetzes bei der Notstandsregelung hinsichtlich dieses Problems auf eine gewollte unterschiedliche Behandlung hinderte (243). Ferner sei diese Lösung materiell damit zu begründen, daß hier, anders als bei der Notwehr, der von der Nottat Betroffene nicht die Ursache der Bestürzung des Täters ist, und das Gesetz insofern keinen Grund habe, den Täter "auch nur um Haaresbreite über das Maß der Notwendigkeit zu begünstigen" (244). Ähnlich äußert sich Oetker: "Die

---

241) In diesem Sinn BGH 18, 311; BGH NJW 52, 113. Auch Horstkotte, Niederschriften, Bd. V, S. 1844, und Lenckner, a.a.O.

242) So BGH GA 67, 113; OGH 2, 228.

243) So Binding, Handbuch, S. 776; von Hippel, a.a.O., S. 222; Oetker, VDA, S. 373. Auch in bezug auf §35 Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 43.

244) So Binding, a.a.O., S. 776 - 777.

fremden Interessen dürfen, da die Notstandshandlung nie Unrechtsabwehr ist, vom Rechte nicht in geringerem Maße respektiert werden als die des Notleidenden; durch Gewährung jenes Straflosigkeitsprivilegiums aber würden sie den letztem nachgesetzt sein" (245). Diese Auffassung wird aber nicht allgemein geteilt, da es auch Autoren gibt, die die gegenteilige Meinung vertreten (246). So meint z.B. Henkel, daß die Überschreitung des Erforderlichen sowohl bei der Notwehr wie auch beim Notstand ein Schuldproblem sei, und insofern die gleiche Grundlage bestehe. Wenn bei der Notwehr übermächtige Gefahrwirkung berücksichtigt wird, so sei es geradezu überflüssig, noch einmal besonders hervorzuheben, daß der Täter straffrei bleiben könne, wenn er in Bestürzung, Furcht oder Schrecken gehandelt habe, denn das sei hier immer der Fall (247). Diese Ansicht hat manches für sich, konnte sich aber nicht durchsetzen.

Im Rahmen des §35 kann die Notstandsüberschreitung beim Abs. 2 eine Rolle spielen, wenn sie auf einem Irrtum über den relativ mildesten Ausweg beruht. Diese Frage ist noch zu behandeln.

---

245) a.a.O.

246) So vor allem Henkel, Notstand, S. 130 f. Früher schon Hälschner, Deutsches Strafrecht, Bd. I, S. 503 und v. Wächter, Sächs. Strafrecht, S. 379. Auch die Entwürfe von 1913, 1919 und 1927 haben die Notstandsüberschreitung als strafausschließenden oder strafmildernden Umstand gesehen.

247) a.a.O., S. 131.

Auslandsrecht:

Die Erforderlichkeit der Notstandshandlung ist ausdrücklich in mehreren ausländischen Strafrechtsordnungen erwähnt. Sie ist überwiegend mit dem Ausdruck "nicht anders abwendbar" bezeichnet. Dies gilt beispielsweise für das schweizerische, das italienische (247a) und das griechische Recht. Im lateinamerikanischen Recht stellen auf diese Benennung Brasilien, Peru und auch das Musterstrafgesetzbuch für Lateinamerika ab; Mexico dagegen verwendet nach dem spanischen Muster von 1848 den Ausdruck: "unter der Bedingung, daß kein anderes ausführbares und weniger schädliches Mittel vorhanden ist"..

Im österreichischen Recht wird die Erforderlichkeit der Notstandshandlung nicht verlangt. Zwar hatten die auf das alte Recht bezogene Lehre und Rechtsprechung dies getan (248), jedoch ist das neue StGB dieser Auffassung nicht gefolgt. Der nötige Spielraum wird aber dadurch gewährt, daß §10 auf das Verhalten eines mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen in der Lage des Täters abstellt. Denn ein solcher Mensch wird sich in der Regel für einen rechtmäßigen Ausweg entscheiden, wenn ihm diese Möglichkeit offensteht (249). Diese

---

247a) Keine Einigkeit besteht allerdings innerhalb der italienischen Lehre darüber, wie die "Nicht-anders-Abwendbarkeit" verstanden werden soll. Antolisei (Manuale, I, S. 226) und Nuvolone (Il sistema del diritto penale, S. 199) verlangen, daß die Gefahr auf eine andere Weise absolut unabwendbar sei. Manzini stellt dagegen auf einer relativen Anders-Abwendbarkeit der Gefahr ab (a.a.O., S. 342 f.).

248) So Rittler, a.a.O., S. 238; Malaniuk , I, S. 201. Auch österr. OGH, E. von 9.11.1971.

249) So Leukauf-Steininger, S. 99.

Erwägungen gelten auch für das spanische Recht, das seit 1932 diese Voraussetzung nicht mehr enthält (250).

Was die Behandlung des Notstandsexzesses anbelangt, so wird er sowohl im griechischen wie im italienischen StGB berücksichtigt. Im ersteren wird die Strafe bei vorsätzlicher Überschreitung gemildert, bei fahrlässiger dagegen nach Fahrlässigkeitsstrafe bemessen, vorausgesetzt, daß eine Strafdrohung vorhanden ist. Der Täter wird jedoch dann nicht bestraft, wenn er aus Furcht oder Bestürzung gehandelt hat. Das italienische StGB regelt lediglich die fahrlässige Notstandsüberschreitung, welche nach den Grundsätzen der Fahrlässigkeit bestraft wird (Strafe nur bei vorhandenem Fahrlässigkeitstatbestand). Das gleiche gilt für das argentinische Recht.

Im spanischen Recht, in dem die Erforderlichkeit der Notstandshandlung von der Lehre und der Rechtsprechung allgemein verlangt wird, ist die strafmildernde Wirkung des Notstandsexzesses auch anerkannt. Diese Auffassung stützt sich auf Art. 9, Nr. 1 des StGB, nach dem die Strafe zu mildern ist, wenn nicht alle Voraussetzungen eines Strafausschließungsgrundes erfüllt sind (251).

In Österreich und in der Schweiz wird eine mildere Behandlung des Notstandexzesses grundsätzlich abgelehnt (252).

---

250) In diesem Sinn Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, a.a.O., S. 279.

251) So Córdoba Roda, a.a.O., S. 278; Rodríguez Devesa, a.a.O., S. 596. Auch E. v. 26.3.1936; 2.2.1955; 31.1.1964; 29.4.1971.

252) So Rittler, a.a.O., S. 239; Thormann-v.Overbeck, a.a.O., S. 145.

b) Der Rettungszweck

Anders als beim rechtfertigenden Notstand, wo diese Frage, zumindest in der Lehre, noch umstritten ist, ist beim entschuldigenden Notstand nicht nur die objektive Geeignetheit der Notstandshandlung erforderlich, sondern auch eine entsprechende subjektive Einstellung. Der Täter muß handeln, "um die Gefahr abzuwenden". Dieser Finalsatz weist darauf hin, daß die Rettung der Zweck der Handlung sein muß. Diese Voraussetzung ergibt sich aus dem Grundgedanken der psychischen Zwangslage, in der sich der Notstandstäter vermutlich befindet. Steht der Täter nicht unter diesem Druck, sondern hat er aus einer anderen, womöglich verwerflichen Motivation die Tat begangen, so besteht kein Anlaß mehr, ihn zu entschuldigen. Die Rettung muß in objektivem Sinn verstanden werden und nicht als Ausweg aus einer hoffnungslosen Situation. So ist z.B. die Mutter nicht entschuldigt, die ihre Kinder mit in den Tod nehmen will, um sie vor einem elenden Leben zu "retten", oder der Vater, der die Tochter tötet, um sie vor der Entehrung zu schützen (252a).

Der Rettungswille setzt zunächst Kenntnis der Notlage voraus, d.h. sowohl Kenntnis der Gefahr und deren Gegenwärtigkeit, als auch Bewußtsein von der Geeignetheit und Notwendigkeit des Mittels, nämlich der Rettungshandlung. Liegt also eine Notlage vor und ermöglicht der Täter durch eine rechtswidrige Tat die

---

252a) So Maurach, AT, S. 404; Baldus, LK, 554, Rdn. 15.

Erhaltung des gefährdeten Rechtsgutes, ohne von der Gefahr Kenntnis zu haben, so kann er sich nicht auf §35 berufen. Darüber hinaus muß dieses Wissen für die Willensbildung zur Tatbegehung wirksam sein, auch wenn es nicht das einzige Motiv zu sein braucht (253).

Der tatsächliche Einfluß der Gefahrlage auf den Willen des Täters wirft freilich Beweisprobleme auf, denn es ist praktisch unmöglich, festzustellen, was sich in der Psyche des Täters abgespielt hat. Deswegen wird die Meinung vertreten, daß der Motivationsdruck und damit auch der Rettungswille präsumiert werden solle, wenn die objektive Notlage vorliege und der Täter sie gekannt habe (254). Andere Autoren meinen dagegen, daß das Handeln in Kenntnis der Gefahrlage nicht genüge und daß der Rettungswille nicht präsumiert werden könne. Vielmehr müsse er im Einzelfall geprüft werden (255).

Der Rettungswille ist auch mit Hilfe anderer Voraussetzungen der Notstandshandlung innerhalb gewisser Grenzen feststellbar, wenn auch nicht mit absoluter Sicherheit. So ist z.B. zu berücksichtigen, ob der Täter selbst von der Gefahr bedroht wurde, denn der Selbsterhaltungstrieb ist bei jeder Person so stark, daß anzunehmen ist, daß der Täter mit Rettungswillen

---

253) In diesem Sinn Baldus, LK, §54, Rdn. 15; Dreher, §35, Rdn. 8; Jescheck, AT, S. 391; Lackner, §35, Anm. 2d; Lenckner, Strafe, S. 70, und in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 21; Mezger-Blei, S. 186; Rudolphi, SK, §35, Rdn. 10.

254) Für diese Lösung Dreher, §35, Rdn. 8; Stratenwerth, AT, S. 183.

255) So Jescheck, AT, S. 391 und Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 21.

gehandelt hat. Wenn der Bedrohte aber eine andere Person ist, dann sollte man untersuchen, wie eng deren tatsächliche Beziehung zum Täter ist, und das nicht nur im Fall einer "anderen nahestehenden Person", sondern auch im Fall eines Angehörigen. Ferner sind auch die Beziehungen des Täters zum von der Nottat Betroffenen zu berücksichtigen. Hat z.B. eine offensichtliche Feindschaft zwischen beiden bestanden, so sollte man die Motivation des Täters besonders sorgfältig prüfen.

Auslandsrecht: Der Rettungszweck der Notstandshandlung wird allgemein verlangt, wenn nicht im Gesetz selbst, dann doch von Lehre und Rechtsprechung. Denn, wie oben gesagt, kann die Rechtsordnung nur in diesem Fall Nachsicht üben. Die übliche Formulierung dafür ist der Finalsatz "um eine Gefahr abzuwenden". Das italienische StGB benutzt einen anderen Ausdruck: "durch die Notwendigkeit gezwungen", der aber eine entsprechende Bedeutung hat. Gleiches gilt für die vom spanischen StGB ausgewählte Formel: "durch einen Notstand bewogen".

3. Einschränkung des entschuldigenden Notstandes durch die Zumutbarkeitsklausel

Liegen die Voraussetzungen des §35 I S. 1 vor, so ist die Nottat in der Regel entschuldigt. Die Entschuldigung wird jedoch durch die Zumutbarkeitsklausel des zweiten Satzes eingeschränkt: "Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, nament-

lich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen". Diese Formulierung weicht von dem in E 1962 und AE enthaltenen Vorschlag ab, nachdem die Zumutbarkeitsklausel anschließend an die Notstandsvoraussetzungen im gleichen Satz erschien und ganz allgemein, d.h. ohne jegliche Beispielsfälle, konzipiert war. Diese Formulierung hat aber die Befürchtung erweckt, die Rechtsprechung könnte den entschuldigenden Notstand immer weiter einschränken, indem dem Täter praktisch die Hinnahme aller Gefahren zugemutet würde (256). Deshalb hat das 2. Strafrechtsreformgesetz die Zumutbarkeitsklausel in einen zweiten Satz eingestellt, um deutlich zu machen, daß "der Gesichtspunkt der Zumutbarkeit der Gefahrhinnahme nur ausnahmsweise die Anerkennung eines entschuldigenden Notstandes ausschließt" (257).

Die vom Gesetz genannten Umstände, in denen die Hinnahme der Gefahr zugemutet werden kann sind nicht abschließender, sondern lediglich exemplizierender Natur, so daß darüber hinaus die Gefahrhinnahme auch in anderen Fällen zumutbar sein kann. Für die nur beispielhafte Deutung beider Fallgruppen spricht schon der Text des Gesetzes, indem beide Beispiele mit dem Wort "namentlich" eingeführt werden. Eine entsprechende Erklärung ist auch in dem Zweiten

---

256) So Baumann, AT, S. 470.

257) BT-Drucksache V/4095, S. 16. Auch Stree, Einführung, S. 58.

Schriftlichen Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform zu finden: "... durch die exemplifikative Anführung der beiden Gruppen wird dem Richter eine Richtlinie an die Hand gegeben, die ihm zeigt, daß nur wegen ähnlich bedeutsamer Umstände dem Betroffenen die Hinnahme der Gefahr zugemutet werden kann" (258).

Eine erste Frage in bezug auf die beiden Ausnahmegruppen ist, in welchem Verhältnis die Zumutbarkeitsklausel zu ihnen steht. Bilden die beiden Beispiele eine Verkörperung der Zumutbarkeit, so daß, wenn sie vorliegen, die Zumutbarkeit der Gefahrhinnahme immer zu bejahen ist, oder ist die Zumutbarkeit vielmehr ein zusätzliches Kriterium, das in jedem Fall einer besonderen Prüfung bedarf, auch wenn die genannten Umstände gegeben sind? Mit anderen Worten, ist das Vorliegen solcher Umstände für die Bejahung der Zumutbarkeit zwingend oder nicht? Zahlreiche Autoren nehmen letzteres an; so sagt z.B. Blei "beide Ausnahmen sind nicht zwingend, sondern unterliegen ihrerseits dem Zumutbarkeitskriterium" (259). Dem ist zuzustimmen. Anderer Ansicht ist Maurach, der in dieser Beziehung ausdrücklich sagt: "In diesen Beispielsfällen ist das Privileg des §35 Abs. 1 ausgeschlossen, ohne daß auf eine weitere Prüfung ankäme, ob nicht trotz Herbeiführung der Gefahr deren Hinnahme unzumutbar ist" (260).

---

258) Ebenda. Auch Dreher, §35, Rdn. 10; Eser, Strafrecht I, S. 196; Jescheck, AT, S. 392; Lenckner, Strafe, S. 72, und in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 24; Maurach, AT, S. 400; Mezger-Blei, AT, S. 197; Roxin, Henkel-Festschr., S. 185; Stratenwerth, AT, S. 182; Stree, a.a.O., S. 58.

259) AT, S. 187. Zustimmend Jescheck, AT, S. 392; Lenckner, §35, Anm. 3a; Lenckner, Strafe, S. 72, und in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 24; Roxin, a.a.O., S. 184-5; Wessels, AT, S. 76.

260) AT, S. 400.

Was den Grundgedanken oder die ratio des Entschuldigungsausschlusses in diesen beiden Ausnahmefällen betrifft, so muß er auf dem Versagen eines oder beider tragender Gedanken der Entschuldigung (Unrechts- und Schuldminderung) beruhen. Nach der Auffassung Rudolphis ist der Grund für die Ausnahmeregelung des zweiten Satzes, der die Anwendung des ersten verbietet, in beiden Fallgruppen das Entfallen der Unrechtsminderung: auf Grund der Gefahrverursachung oder des besonderen Rechtsverhältnisses treffe den Täter eine besondere Gefahrtragungspflicht, deren Verletzung die vom §35 vorausgesetzte Unrechtsminderung entfallen lasse (261). Lenckner will dagegen diese Erklärung auf die Fälle des besonderen Rechtsverhältnisses beschränken. Für die Gefahrverursachung durch den Täter gebe es eine andere Erklärung, nämlich, daß die Schuldminderung, die sich aus der psychischen Zwangslage ergibt, nach dem Prinzip der actio libera in causa wieder aufgehoben werde: Obwohl der Täter sich im Augenblick der Tat nicht mehr normgemäß motivieren lassen konnte, so sei möglicherweise auch hier seine Schuld nicht wesentlich gemindert, wenn er sich in eine Situation begebe, in der seine Steuerungsfähigkeit wegen des besonderen Motivationsdrucks beeinträchtigt sei (262). Die Beantwortung dieser Frage hängt im wesentlichen davon ab, wie die Verursachung der Gefahr verstanden wird. Für diejenigen, die die Verursachung im Sinne von Verschulden verstehen, liegt der Grund der Pflicht zur Hin-

---

261) SK, §35, Rdn. 11.

262) In Schönke-Schröder, §35, Rdn. 25 u. 26.

nahme der Gefahr im Bereich der Schuld. Für andere Autoren, wie Rudolphi, die die Verursachung dagegen als objektive Pflichtwidrigkeit auffassen, muß die Erklärung im Bereich des Unrechts gesucht werden. Die Auffassung von Lenckner ist deshalb vorzuziehen, weil hier auch die Meinung vertreten wird, daß die Verursachung der Gefahr nur dann eine Entschuldigung ausschließt, wenn sie verschuldet ist. Darüber ist im nächsten Abschnitt zu sprechen.

Ferner ist noch die Frage zu lösen, wie die Tat zu bestrafen ist, wenn sie trotz Vorhandenseins der eine Entschuldigung ausschließenden Umstände begangen wird. Diese Frage ist besonders für den Fall der Gefahrverursachung von Bedeutung, denn diese kann auch nur fahrlässig sein. Sollte man trotzdem die im Notstand begangene Tat mit Vorsatzstrafe belegen (263)? Nach der Meinung Schmidhäusers findet auch hier der Gesichtspunkt der actio libera in causa Anwendung: "Wer sich in eine Notlage begibt, obwohl damit zu rechnen ist, daß er sich nur durch rechtswidrige Taten werde retten können, dessen Schuld richtet sich nur nach dem Handeln, durch das er sich in die Gefahr begab" (264). Dieser Auffassung ist deshalb zuzustimmen, weil eine Vorsatz-

---

263) In diesem Sinn Baldus, LK, §54, Rdn. 8. Mit Recht äußert Rudolphi (a.a.O.) Bedenken gegen diese Lösung.

264) AT, S. 469.

strafe bei bloßer fahrlässiger Gefahrverursachung eine Mißachtung des Schuldprinzips bedeuten würde. Zu beachten ist jedoch, daß die Fahrlässigkeit sich nur auf die Verursachung der Gefahr beziehen kann; die Notstandshandlung kann dagegen nur vorsätzlich begangen werden (eine fahrlässige Notstandshandlung ist undenkbar, da sie den Rettungswillen voraussetzt). Um diesen beiden Fakten Rechnung zu tragen, enthält der zweite Halbsatz des S. 2 eine fakultative Strafmilderung, von der bei fahrlässiger, nicht aber bei vorsätzlicher Herbeiführung Gebrauch gemacht werden soll (264a).

a) Verursachung oder Verschulden der Gefahr bzw. der Kollisionslage

Die Regelung dieser Fallgruppe ist auf harte Kritik gestoßen, da die mangelhafte Terminologie nicht unerhebliche Problem aufwirft. Besonders bemängelt wird die Ersetzung des "unverschuldeten Notstandes", von dem im §54 a.F. die Rede war, durch die "Verursachung der Gefahr". Diese Änderung wird von einem Teil des Schrifttums als eine ungerechtfertigte Verschärfung gegenüber dem bisherigen Recht angesehen (265). Ferner scheint auch die Abstellung auf die vom Täter verursachte Gefahr angreifbar, da diese Lösung bei der Nothilfe zu unbefriedigenden Lösungen führt.

264a) So auch Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 26.

265) Vgl. Baumann, AT, S. 471; (Jescheck, AT, (2. Auflage), S. 363); Maurach, AT, S. 400; Rudolphi, SK, §35, Rdn. 15 ff.; Stratenwerth, AT, S. 182; Stree, a.a.O., S. 58-9.

Der Begriff der Verursachung der Gefahr wird von einem Teil der Lehre so ausgelegt, daß trotz des Wortlautes der Vorschrift auf das Verschulden abzustellen sei, da die bloße Verursachung der Gefahr - eine rein objektive Kausalsetzung also - nicht genügen könne, um eine Entschuldigung auszuschliessen. Um das deutlicher zu machen, stellt Stratenwerth die Frage, ob man die Entschuldigung auch dann versagen sollte, wenn jemand durch ein unbedachtes Wort den Angriff eines Jähzornigen ausgelöst habe und bei der Abwehrhandlung einen Unbeteiligten verletze (266). Ähnliches gelte auch für den Fall, in dem ein Zeuge aufgrund seiner den Angeklagten belastenden Aussage von diesem bedroht wird. (267). Die bloße Verursachung der Gefahr sei also ein völlig schuldindifferenter Vorgang, der bei der Frage der Entschuldigung keine Rolle spielen könne, und deshalb müsse der vom Gesetz benutzte Ausdruck nur als "Verschulden" verstanden werden (268).
Eine zweite Lehrmeinung versteht die "Verursachung" der Gefahr als ein rein faktisches Merkmal, so daß das bloße Kausalwirken eine Berufung auf den entschuldigenden Notstand ausschließen würde. Die Vertreter dieser Auffassung glauben diese Deutung aus dem Wortlaut des Gesetzes herauslesen zu müssen, jedoch nicht ohne dieses scharf zu kritisieren (269).

---

266) AT, S. 177.

267) Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 26.

268) In diesem Sinn Blei, Zumutbarkeit und Vorverhalten beim entschuldigenden Notstand (in JA, 1975, S. 307 ff.), S. 310; Dreher, §35, Rdn. 11; Eser, I, 19, A 18; Jescheck, AT, S. 392 (anders Vorauflage, S. 363); Mezger-Blei, AT, S. 186-7; Lenckner in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 26; Stratenwerth, AT, S. 182.

269) So vor allem Baumann, a.a.O.; Maurach, a.a.O.; Stree, a.a.O.

Eine dazwischenliegende Auffassung vertreten Rudolphi und Wessels, indem sie eine objektive Pflichtwidrigkeit bei der Herbeiführung der Gefahr genügen lassen wollen (270). Demnach sollte schon die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht einer Entschuldigung nach §35 im Wege stehen. Nach der Meinung Rudolphis seien hier die gleichen Grundsätze anzuwenden, wie beim Entstehen einer Garantenpflicht aufgrund eines Vorverhaltens des Unterlassenden (271). Diese Parallele scheint jedoch nicht zulässig, da es sich dort um eine Frage der Tatbestandsmäßigkeit (Begründung einer Handlungspflicht) handelt, während es hier um eine Schuldfrage geht, da zur Verursachung der Gefahr das Korrektiv der Zumutbarkeit hinzukommt (272). Deswegen muß die Verursachung im Sinne von Verschulden verstanden werden. Freilich hätte man vom Gesetz eine technisch bessere Terminologie erwarten können.

Mit der Abstellung auf das Verschulden der Gefahr sind aber noch nicht alle Probleme gelöst, da dieser Ausdruck unterschiedlich aufgefaßt werden kann (273). In der Diskussion um §54 a.F. ist gesagt

---

270) Rudolphi, SK, §35, Rdn. 15; Wessels, AT, S. 76.

271) a.a.O.

272) So auch Lenckner: "Vielmehr ist die Entschuldigung erst dann zu versagen, wenn und soweit dem Täter wegen der eigenen Verursachung der Gefahr zugemutet werden kann, diese hinzunehmen" (in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 26). Siehe auch oben, S. 125.

273) So Horstkotte, Niederschriften, V, S. 1844: "Daß es sich hier um ein strafrechtliches Verschulden handeln müsse, wird man kaum sagen können. Ob hier mit "Verschulden" Vorsatz, Fahrlässigkeit, Leichtfertigkeit oder etwas anderes gemeint ist, ist sehr umstritten".

worden, daß das "Verschulden" hier nicht im technischen Sinne gebraucht werde. Vielmehr sei unter der "verschuldeten Notstandslage" eine Situation zu verstehen, in die sich der Handelnde begeben habe, obwohl sie als konkrete Notstandslage von ihm erkannt worden sei oder hätte erkannt werden können, während ihm ein berechtigtes Interesse, wie es insbesondere durch das rechtlich anerkannte Bedürfnis eines Unternehmens unter Gefahrrisiko begründet ist, nicht zur Seite gestanden habe (274). Mit ähnlichen Worten äußert sich dazu Frank: ob billigerweise vom Handelnden zu erwarten wäre, daß er sich nicht in die Notlage begäbe (275). Mezger und Liszt-Schmidt legen bei dem Verschulden den Akzent auf die vorwerfbare (pflichtwidrige) Nichtberücksichtigung fremder Interessen (276). Diese Äußerungen weisen darauf hin, daß es für die Deutung des Ausdrucks "Verschulden" nicht lediglich darauf ankommt, ob der Notstand vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt wurde, sondern darüber hinaus auch, ob dieses Verhalten pflichtwidrig war. So ist z.B. in RG 36, 334 entschieden worden, daß die Notstandslage (Notwendigkeit einer Schwangerschaftsunterbrechung zur Rettung des Lebens der Mutter) durch den ehelichen Geschlechtsverkehr, trotz Voraussehbarkeit der Gefahr, nicht verschuldet gewesen sei, weil den Eheleuten der Verzicht auf die intimen Beziehungen nicht zuzumuten sei. Diese Auffassung des "Verschuldens" im Sinne der subjektiven Pflichtwidrigkeit (d.h. Schuldhaftigkeit) als wesentlichem Merkmal des Verschuldens wird auch im neuerem Schrifttum vertreten. (277).

---

274) Oetker, Notwehr und Notstand, S. 375-6.

275) Kommentar, §54, I.

276) Vgl. Mezger, Lb., S. 368; Liszt-Schmidt, Lb., S. 286. Auch v. Hippel, Lb. Bd. II, S. 223; Kohlrausch-Lange, §54, III.

277) In diesem Sinn Baldus, LK, §54, Rdn. 6; Dreher, §35, Rdn. 11; Jescheck, AT, S. 392; Mezger-Blei, AT, S. 187.

Ein zweites Problem, das durch die mangelhafte Formulierung dieser Ausnahmegruppe in §35 aufgeworfen wird, ist, ob sich das Verschulden lediglich auf die Herbeiführung der Gefahr bezieht, oder ob, wie es nach §54 a.F. der Fall war, vielmehr die Kollisionslage verschuldet sein müßte. Das letztere bedeutet nicht nur die Herbeiführung der Gefahr, sondern darüber hinaus die Notwendigkeit des Eingriffes in fremde Rechtsgüter: zum Beispiel, wenn jemand eine Segelfahrt unternimmt, ohne eine Schwimmweste mitzunehmen, und dann beim Kentern des Bootes die eines anderen wegnimmt. Für diese zweite Deutung, die für §54 a.F. unproblematisch war ("unverschuldeter Notstand"), entscheidet sich auch die neue Literatur zum §35 (278), da allein diese angebracht ist. Auf das Verschulden der bloßen Gefahr abzustellen, hieße den Fortbestand des alten Satzes vom "versari in re illicita" anzuerkennen (279).

Eine dritte Frage, - die außerordentlich umstritten ist - betrifft die Nothilfe und ihre Beziehung zum Unverschuldetsein der Notstandslage. In §54 a.F. wurde diese Frage offengelassen, was die Lehre dazu ver-

---

278) In diesem Sinn Blei, JA 1975, S. 311; Dreher, §35, Rdn. 11; Jescheck, AT, S. 392; Maurach, AT, S. 400; Mezger-Blei, AT, S. 187; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 26; Rudolphi, §35, Rdn. 16.

279) Das ist ein Fall objektiver Verantwortung, der aus dem kanonischen Recht entnommen wurde und besonders in Spanien große Bedeutung gehabt hat. Die Formel war: "versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto", und gemäß ihr waren dem Täter als Vorsatz alle Folgen, auch unbekannte oder ungewollte, zuzurechnen, die sich aus einer rechtswidrigen Tat ergaben (vgl. Rodríguez Devesa, a.a.O., S. 390 u. 536).

anlaßte, unterschiedliche Lösungen dieses Problems vorzuschlagen. Einige Autoren vertraten die Auffassung, daß das Verschulden durch den Gefährdeten maßgeblich sei (280); andere waren dagegen der Ansicht, daß es allein auf das Verschulden des Täters ankomme (281), und schließlich ist auch vereinzelt die Auffassung vertreten worden, daß, wenn §54 a.F. eine unverschuldete Notlage verlange, dieses Verbot sowohl den Gefährdeten als auch den Täter treffen sollte (282). Das war der Stand der Diskussion über diese Frage, als der §35 n.F. den alten §54 ersetzen mußte. Die neue Vorschrift hat zu dieser Frage Stellung genommen, indem sie auf das Verschulden durch den Täter abstellte, eine Regelung, die freilich heftige Kritik hervorgerufen hat. So sagt z.B. Baumann angesichts der Ergebnisse, zu denen sie führen kann, daß dies eine "höchst merkwürdige gesetzliche Regelung" sei (283). Und Stree meint, daß diese Frage noch nicht ausdiskutiert sei und der Gesetzgeber hier deshalb mehr Zurückhaltung hätte üben sollen (284). Doch gibt es auch andere Autoren, die die Auffassung vertreten, daß §35 diese Frage nicht zwingend in dem

---

280) In diesem Sinn Oetker, Notwehr und Notstand, S. 376, auch VDA, Bd. II, S. 344; Frank, §54, I; v. Hippel, LB., Bd. II, S. 223; Mezger, Lb., S. 368; Liszt-Schmidt, Lb., S. 286; Schönke-Schröder (17. Aufl.), §54, Rdn. 9; Baldus, LK, §54, Rdn. 7.

281) Für diese Lösung Jagusch, LK (8. Aufl.), §54, Rdn. 4; Kohlrausch-Lange, §54, III; H. Mayer, Lb., S. 193; Olshausen, §54, Anm. 7; auch Köln NJW 53, 116.

282) So Binding, Hb., Bd. I, S. 788 und auch Baumann bis zur 6. Aufl., S. 455.

283) AT, S. 471. Auch Lackner, §35, 3a.

284) a.a.O., S. 59. Im Ergebnis gleich Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 26; Maurach, AT, S. 400; Wessels, AT, S. 76.

Sinn gelöst habe, daß eine Entschuldigung bei einem Verschulden des Täters immer ausgeschlossen sei, sondern die Vorschrift vielmehr auch andere Interpretationen zulasse. In diesem Sinn äußert sich z.B. Jescheck: "Das kann jedoch nur in dem Sinne gelten, daß der Täter die pflichtwidrig herbeigeführte Gefahr hinzunehmen hat, wenn sie ihm selbst droht. Droht die Gefahr dem an der Kollisionslage schuldlosen Angehörigen, so wird die Entschuldigung der Notstandstat trotz eigenem Verschulden zu bejahen sein, denn nichts liegt näher als dem Angehörigen zu helfen, den man selbst pflichtwidrig in Lebensgefahr gebracht hat" (285). Für diese Lösung entscheidet sich auch Schmidhäuser, der dazu meint, daß man sonst in solchen Fällen von einer gesteigerten Pflicht des Täters ausgehen müßte,"den Angehörigen dem Tode auszuliefern" (286). Auch Dreher plädiert für eine auf den Einzelfall abgestellte flexible Lösung, die sich an dem Korrektiv der Zumutbarkeit zu orientieren habe (287). Dem ist zuzustimmen. Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes vertritt eine Reihe von Autoren die Auffassung, daß das Verschulden durch den in Gefahr Befindlichen auch die Berufung auf §35 ausschließen könne. Diese Lösung ergebe sich aus der Generalklausel der Zumutbarkeit: der Fall, in dem sich der Gefährdete selbst in die Gefahrlage gebracht hat, sei einer der anderen unbenannten Umstände, unter denen die Gefahrhinnahme für den Täter auch zumutbar sei (288).

---

285) AT, S. 392-3. Ähnlich Stree, a.a.O., S. 58.

286) Vgl. AT, S. 468. Auch Rudolphi, SK, §35, Rdn. 17.

287) Vgl. §35, Rdn. 11.

288) In diesem Sinn Eser, a.a.O.; Mezger-Blei, AT, S. 187; Rudolphi, §35, Rdn. 17.

Auslandsrecht:

Diese negative Voraussetzung des entschuldigenden Notstandes ist auch in vielen ausländischen Gesetzbüchern zu finden. So verlangt das neue österreichische StGB im Abs. 2, daß sich der Täter nicht bewußt der Gefahr ausgesetzt hat, ohne einen von der Rechtsordnung anerkannten Grund zu haben (im Entwurf 1964 stand "vorsätzlich" statt "bewußt"). Nach dem schweizerischen StGB darf die Gefahr vom Täter nicht verschuldet sein. Das gleiche gilt für das griechische Recht. Das italienische codice penale verwendet einen anderen Ausdruck, nämlich, daß die Gefahr vom Täter nicht "willentlich" (volontariamente) verursacht werde. Dies wurde von der Lehre so interpretiert, daß nur eine vorsätzliche Verursachung der Gefahr den Notstand ausschließen kann, wobei noch die Frage zu lösen ist, ob bereits eventueller Vorsatz genügt (289). Im spanischen Recht wird diese Voraussetzung auf ähnliche Weise erwähnt: die Notstandslage soll vom Täter nicht "absichtlich" (intencionalmente) herbeigeführt werden. Auch hier ist der Ausdruck "absichtlich" als Vorsatz verstanden worden (290). Im hispanoamerikanischen Recht wird das Unverschuldetsein der Notstandslage, wenn auch unterschiedlich formuliert, in manchen Gesetzbüchern gefordert. So verlangt das brasilianische StGB, daß die Notlage vom Täter nicht provoziert wurde. Das peruanische StGB stellt dagegen auf eine allgemeine Zumutbarkeit

---

289) So Maggiore, a.a.O., S. 283. Anders Manzini, a.a.O., S. 335.

290) So z.B. Antón, a.a.O., S. 268; Cuello Calón, D.p., S. 392; Rodríguez Devesa, a.a.O., S. 490; Rodríguez Mourullo, a.a.O., S. 296. Auch die E. v. 29.6.1935; 7.6.1948; 30.12.1959.

der Gefahrhinnahme angesichts der Tatumstände ab, unter denen auch das Verschulden der Gefahrlage berücksichtigt werden soll. Ausdrücklich erscheint diese Voraussetzung wieder in den chilenischen Entwürfen von Silva-Labatut (1938) und vom Justizministerium (1946).

Bezüglich der Frage, wessen Verschulden für das Versagen der Entschuldigung entscheidend ist, stellen die meisten Gesetzbücher auf das Verschulden des Täters ab. Das ist z.B. im brasilianischen, italienischen, österreichischen, spanischen und schweizerischen Recht der Fall. In der Schweiz wird diese Regelung dadurch relativiert, daß Art. 34, Ziff. 2 die Nothilfe nur dann zuläßt, wenn der Täter erkennen konnte, "daß dem Gefährdeten die Preisgabe des gefährdeten Gutes zumutbar war". Dies ist unter anderem auch dann der Fall, wenn der Gefährdete die Notstandslage schuldhaft herbeigeführt hat (290a).

b) Erhöhte Gefahrtragungspflicht aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses

Die zweite Ausnahmegruppe, die die Anwendung des §35 trotz des Vorliegens einer Notstandslage und der Erfüllung sonstiger Voraussetzungen des Abs. 1 ausschließt, ist im Gesetz dadurch gekennzeichnet, daß der Täter "in einem besonderen Rechtsverhältnis" steht. Freilich ist diese Nomenklatur nicht sehr

---

290a) In diesem Sinn Germann, a.a.O., S. 221; Thormann-v.Overbeck, a.a.O., S. 146-147. Andere Meinung Hafter, a.a.O., S. 155.

genau, denn, wie Stree mit Recht sagt, handelt es sich dabei nicht um irgendwelche Rechtsverhältnisse (291), sondern gerade um solche, die eine Rechtspflicht zum Bestehen des Notstandes einschließen.

Obwohl die Berufung auf den entschuldigenden Notstand im Prinzip jedem zugänglich ist, gibt es gewisse Personengruppen, die aufgrund ihres Berufs oder ihrer sozialen Stellung den Notstand nicht geltend machen können, auch wenn sie sich in einer Notstandslage befinden, da ihre Aufgabe gerade mit der Pflicht verbunden ist, Gefahren für Leib und Leben auf sich zu nehmen. Zu dieser Kategorie gehören die Berufe, denen eine Schutzfunktion gegenüber der Allgemeinheit obliegen, die u.U. auch den Einsatz von Leib und Leben gegebenenfalls bis zur Selbstaufopferung erforderlich macht. Grundlage dieser Gefahrtragungspflicht kann das Gesetz, das Gewohnheitsrecht oder auch vertragliche Übernahme sein.

Gesetzlich geregelt ist die Gefahrtragungspflicht bei Soldaten (§6 WStG), Zivildienstleistenden (§27 Abs. 3 ZivildienstG), Seeleuten (§§ 29 Abs. 2 u. 4, 106 u. 109 SeemannsG), während bei Polizeibeamten und Feuerwehrleuten diese Pflicht dem Gewohnheitsrecht zu entnehmen ist. Darüber hinaus ist eine solche Pflicht vielen anderen Berufen auferlegt worden: so z.B. den Wettermännern im Bergwerk, Bergfüh-

---

291) Vgl. a.a.O., S. 59. Auch Stratenwerth, AT, S. 182; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 28.

rern (RG 72, 246), Mitgliedern privater Schutzorganisationen wie Rotes Kreuz, Bergwacht oder Wasserrettungsdienst, Bademeistern, Ärzten, Krankenpflegern, Richtern, Staatsanwälten, Staatsgeheimnisträgern, Diplomaten im Ausland, usw. Eine erschöpfende Aufzählung läßt sich schwerlich durchführen, und das gleiche gilt für die genaue Festlegung, bis zu welcher Grenze die Gefahrhinnahme zugemutet werden kann. Als allgemeiner Grundsatz soll nach Baldus der folgende gelten: "Je bedeutsamer die öffentliche oder private Pflicht, je gehobener und verantwortungsvoller die Stellung des besonderen Pflichtträgers ist, je deutlicher sie sich im öffentlichen Leben ausprägt ..., um so größere Anforderungen in bezug auf die Sonderpflicht erwachsen dem Verpflichteten" (292). So sind z.B. an den Richter als Träger der rechtsprechenden Gewalt (wenn er beispielsweise von einem Angeklagten mit dem Tod bedroht wird, falls er ihn für schuldig erklärt) und an Träger wichtiger Staatsgeheimnisse besonders hohe Anforderungen zu stellen (293). Auf jeden Fall beschränkt sich die Gefahrtragungspflicht auf die "mit der jeweiligen Berufstätigkeit in notwendigerweise verbundenen typischen Gefahren" (294). Atypische Gefahren schliessen eine Entschuldigung nicht aus; so ist z.B. dem Arzt die Hinnahme einer Ansteckungsgefahr zuzumuten, nicht aber, daß er sich nicht bei einem Schiffbruch

---

292) LK, §54, Rdn. 11. Ähnlich Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 31; Maurach, AT, S. 402.

293) In diesem Sinn Baldus, LK, §54, Rdn. 11. Ähnlich auch Horstkotte, Niederschriften, V, S. 1845.

294) So BGH NJW 1964, 731.

auf Kosten eines anderen retten darf. Als unbestritten gilt auch der Grundsatz, daß die Pflicht, die Gefahr hinzunehmen, dort aufhört, wo deren Erfüllung den unmittelbar und konkret vorhersehbaren sicheren Tod bedeuten würde (295). Deshalb braucht der Befehl, sich selbst zu erschießen, um eine Gefangenschaft zu vermeiden, nicht erfüllt zu werden (296). Die Gefahrtragungspflicht ist also keine absolute in dem Sinn, daß die Berufung auf §35 stets versagen muß, vielmehr ist auch hier die Zumutbarkeit das maßgebende Kriterium (297).

Aufgrund der erhöhten Gefahrtragungspflicht, die sich aus dem Beruf oder der sozialen Stellung ergibt, ist die Gefahrhinnahme allein demjenigen zuzumuten, der in diesem besonderen Rechtsverhältnis steht nicht aber den Angehörigen oder sonstigen Sympathiepersonen. Diese können also gerettet werden, wenn sie sich in Gefahr befinden, ohne daß hier die soziale Stellung des Täters die Entschuldigung verhindern könnte. Die Gefahrtragungspflicht bezieht sich lediglich auf die ihm selbst drohenden Gefahren, nicht aber auf die, die seine Angehörigen bedrohen. Umgekehrt darf ein Angehöriger denjenigen, der einer besonderen Gefahrtragungspflicht obliegt, nicht retten; auch er muß die den Bedrohten treffende Sonderpflicht respektieren (298).

---

295) So Baldus, LK, §54, Rdn. 11; Dreher, §35, Rdn. 12; Eser, I, 19, A 21; Jescheck, AT, S. 394; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 31; Maurach, AT, S. 401; Rudolphi, SK, §35, Rdn. 13.

296) Beispiel von Maurach, AT, S. 401.

297) In diesem Sinn Dreher, §35, Rdn. 12; Eser, a.a.O.; Blei, AT, S. 187; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 31.

298) So Dreher, §35, Rdn. 12; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 33; Rudolphi, §35, Rdn. 14.

Sollte der Pflichtträger der Gefahrhinnahmepflicht zuwider eine Rettungshandlung im eigenen Interesse unternehmen, so ist er nicht nur nicht entschuldigt, sondern auch mit voller Strafe zu bestrafen, da ihm der 2. Halbsatz des Abs. 2 die sonst fakultativ vorgesehene Strafmilderung gemäß §49 Abs. 1 versagt. Diese besondere Strenge wird damit begründet, daß die Sonderpflicht durch partielle Zurücknahme des Strafrechtsschutzes in gewissem Maße abgeschwächt wird. Diese Maßnahme betrifft lediglich die Fälle des "besonderen Rechtsverhältnisses", nicht aber die anderen Fallgruppen, in denen die Gefahrhinnahme zumutbar ist (299). Eine Strafmilderung ist aber immer noch auf dem Weg der normalen Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens möglich (300).

c) Sonstige Gefahrtragungspflichten

Außer dem "besonderen Rechtsverhältnis" gibt es auch andere Umstände, unter denen die Gefahrhinnahme zugemutet werden kann (299a). Das ist der Fall bei rechtmäßigen behördlichen Maßnahmen im öffentlichen Interesse, die für den Betroffenen eine Duldungspflicht begründen. Hierher gehören sowohl geringe körperliche Einbußen nach §81a StPO, §17 Abs. 2 GeschlechtskrankheitsG oder nach dem Impfgesetz, als auch Eingriffe in die persönliche Freiheit durch Vollzug einer Freiheitsstrafe, Untersuchungshaft oder vorläufige Festnahme. Diesbezüglich wird die Frage gestellt, ob derjenige, der zu Unrecht verurteilt wurde, sich auf den Notstand berufen könnte, wenn er

---

299) Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 28.

299a) Sehr ausführlich darüber Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 36 ff.

300) In diesem Sinn Lackner, §35, Anm. 3c; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 41; Rudolphi, §35, Rdn. 18a; Stree, a.a.O., S. 60.

durch eine rechtswidrige Tat den Freiheitsentzug beseitigen würde. Die h.M. ist jedoch der Ansicht, daß diese Frage zu verneinen sei, denn es würde die Rechtssicherheit gefährden, eine Notstandshandlung gegen eine im formal ordentlichen Verfahren gesprochene Verurteilung zuzulassen (301). Lenckner vertritt die Auffassung, daß in einem solchen Fall die Entschuldigung schon deshalb versagen müßte, weil die Gefahr noch auf andere Weise zu beseitigen sei, solange das weitere Verfahren die Unschuld des Betroffenen ergeben könne (302). Besonders problematisch erscheint der Fall einer lebenslangen Freiheitsstrafe, bei der eine Wiederaufnahme des Verfahrens prozessual nicht möglich ist. In diesem Fall meint mit gewissem Vorbehalt Lenckner, daß hier der §35 doch Anwendung finden sollte, da der lebenslange Verlust seiner Freiheit dem Täter nicht zugemutet werden könne (303).

Ferner gehören hierher auch die Fälle, in denen eine Gefahrtragungspflicht aufgrund der Rücksichtnahme auf fremde Individualinteressen besteht. Diese Sonderpflicht ist vornehmlich in zwei Fallgruppen vorhanden: erstens, bei einer Garantenstellung, die den Täter dazu verpflichtet, sich nicht auf Kosten bestimmter, seinem Schutz anvertrauten Personen zu retten (so darf sich z.B. ein Vater nicht auf Kosten seines Kindes retten); zweitens, zwischen den

---

301) So Baldus, LK, §54, Rdn. 13; Jescheck, AT, S. 394; Maurach, AT, S. 402; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 32; Stratenwerth, AT, S. 183; Welzel, §23, I 1d.

302) a.a.O.

303) Ebenda.

Mitgliedern einer freiwillig eingegangenen Gefahrgemeinschaft, wie z.B. bei einer Bergtour. Die Rechtsprechung hat entschieden, daß auch illegale politische Tätigkeit in einem totalitären Staat eine Gefahrtragungspflicht begründet (304). Hinzuzunehmen sind in der zweiten Fallgruppe jedoch nur die Gefahren, die typischerweise mit der Gefahrgemeinschaft verbunden sind (305).

Eine weitere Quelle einer Gefahrtragungspflicht ist die sogenannte Sozialnot, d.h. eine Notlage wirtschaftlicher Art, die der Gesamtbevölkerung in gleichem Maße droht (so z.B. bei wirtschaftlicher Krise, Lebensmittelverknappung, Zwangsbewirtschaftung, usw.). Die Sozialnot bedeutet deshalb eine Heraufsetzung der Grenze des Zumutbaren, weil hier die Anerkennung einer entschuldigenden Notstandshandlung in einen Kampf aller gegen alle entarten könnte. Auf den Notstand kann sich deshalb nur derjenige berufen, dem die Gefahr über die allgemeine Notlage hinaus droht, wie z.B. bei Schwerkranken der Fall ist (306).

---

304) So OGH 3, 130; OLG Freiburg MeSt 2, 202.

305) Vgl. Jescheck, AT, S. 394; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 37; Rudolphi, §35, Rdn. 18; Stratenwerth, AT, S. 183.

306) So Baldus, LK, §54, Rdn. 12; Kohlrausch-Lange, §54, VII; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 40; Maurach, AT, S. 401. Auch OLG Neustadt NJW 51, 852; OLG Celle MeSt 1, 140; OLG Kiel, SJZ 47, 674.

Auslandsrecht:

Die besondere Gefahrtragungspflicht aufgrund des Berufes oder der sozialen Stellung ist in vielen ausländischen Gesetzbüchern zu finden. Die Terminologie, die dafür verwendet wird, ist ziemlich einheitlich: Der Täter wird nicht entschuldigt, "wenn er aufgrund seines Berufes oder Stellung die Pflicht hat, das gefährdete Gut preiszugeben". Im europäischen Bereich erwähnen das griechische, das italienische und das spanische Recht ausdrücklich diese Sonderpflicht. Im lateinamerikanischen Recht enthalten sie das Gesetzbuch von Mexico und die argentinischen Entwürfe von Coll-Gómez (1937), von Peco (1941) und von Soler (1960) und der chilenische Entwurf von Ortiz-von Bohlen (1929). Andere Gesetzbücher erwähnen diese Voraussetzung nicht ausdrücklich, aber sie kann aus der allgemeinen Zumutbarkeitsklausel abgeleitet werden. Das ist der Fall im schweizerischen, brasilianischen und peruanischen Recht.

d) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Schließlich ist auch an dieser Stelle der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen der Schwere der drohenden Gefahr und dem Ausmaß des von der Rettungshandlung verursachten Schadens zu behandeln. Diese Voraussetzung wird im Gesetz weder in der alten noch

in der neuen Fassung ausdrücklich erwähnt, doch haben Lehre und Rechtsprechung sie stets verlangt (307). Über die systematische Einordnung dieser Frage im Rahmen des §35 - d.h., ob sie als positive Voraussetzung schon in den Satz 1 hineinzulesen ist oder ob sie umgekehrt als einer der Ausnahmefälle des 2. Satzes aufgefaßt werden soll - meint Stratenwerth, daß dies theoretisch nicht zu entscheiden und praktisch bedeutungslos sei (308). Da aber jede Voraussetzung oder Einschränkung des entschuldigenden Notstands im Gesetz selbst eine Basis haben muß, ist die zweite Lösung vorzuziehen, nämlich, daß die Unverhältnismäßigkeit zwischen der drohenden Gefahr und dem verursachten Schaden einen weiteren Fall darstellt, in dem die Hinnahme der Gefahr zuzumuten ist (309).

---

307) In diesem Sinn schon Binding, Handbuch, S. 767, 774 u. 784; Frank, Komm., §52, I, 2a; v. Hippel, a.a.O., S. 222; Jagusch, LK (8. Aufl.), §54, Anm. 5; Mezger, Lb., S. 369; Oetker, VDA, S. 332 u. 345, auch Frank-Festgabe, S. 366; Olshausen, Komm., §54, Anm. 6. Andere Meinung, Finger, Lb. I, S. 425. In neuerem Schrifttum verlangen eine gewisse Proportionalität Baldus, LK, §52, Rdn. 7, und §54, Rdn. 18; Blei, AT, S. 186; Dreher, §35, Anm. 14; Eser, I, 19, A 22a; Jescheck, AT, S. 391; Lackner, §35, Anm. 3b; Lenckner, Strafe, S. 71, auch in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 38; Rudolphi, SK, §35, Rdn. 8 u. 10; Schönke-Schröder (17. Aufl.), §54, Rdn. 14; Stratenwerth, AT, S. 181; Stree, a.a.O., §57; Welzel, Lb., S. 181; Wessels, AT., S. 76. Auch RG 66, 397.

308) AT, S. 182.

309) In diesem Sinn Dreher, a.a.O.; Eser, a.a.O.; Lackner, a.a.O.; Lenckner, in Schönke-Schröder, a.a.O.

Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit ergibt sich aber auch sinngemäß schon aus den Gründen, die die Straflosigkeit des entschuldigenden Notstands erklären, denn das gefährdete Rechtsgut darf nicht um jeden Preis geschützt werden. Vielmehr ist die Notstandshandlung nur dann entschuldigt, wenn der Schaden, den sie stiftet, nicht unverhältnismäßig größer ist als der erreichte Nutzen, da nur in diesem Fall das Unrecht als gemindert angesehen werden kann. Auch der andere tragende Gedanke des entschuldigenden Notstands, nämlich die Berücksichtigung der psychischen Zwangslage des Täters, muß so verstanden werden, daß die Ausnahmesituation des Handelnden von der Rechtsordnung nur dann Nachsicht verdient, wenn sie auch objektiv begründet ist. Deswegen vermögen geringfügige Nachteile eine entschuldbare Notstandslage vor allem dann nicht zu begründen, wenn sie nur durch eine bedeutende Beeinträchtigung fremder Rechtsgüter beseitigt werden können.

Die inhaltliche Bestimmung der Verhältnismäßigkeit wirft erhebliche Probleme auf, die bis jetzt weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung genug geklärt worden sind. Einigkeit besteht lediglich darüber, daß der Proportionalitätsgrundsatz nicht als eine Interessenabwägung im Sinne des §34 zu verstehen ist, d.h., daß das durch die Notstandshandlung geschützte Gut nicht höherwertig als das verletzte zu sein braucht. Die Rettungshandlung ist also auch dann entschuldigt, wenn sie zugunsten eines gleichwertigen oder gar minderwertigen Rechtsgutes unter-

nommen wird (310). Die Frage, die noch gelöst werden muß, ist, wie groß dieser Wertunterschied sein darf oder, anders ausgedrückt, bis zu welcher Grenze die Rechtsgutsverletzung noch entschuldbar ist (311). Diese Frage läßt sich nicht auf eine allgemeingültige Weise beantworten, vielmehr ist sie von der Konstellation jedes einzelnen Falles abhängig. Als allgemeine Richtlinien gilt jedoch folgendes: Zur Feststellung der Verhältnismäßigkeit ist zunächst ein Vergleich zwischen der Schwere des angerichteten Schadens und der Schwere der abgewandten Gefahr notwendig. Dieser Vergleich setzt wiederum eine Abwägung der Qualität und Quantität der beteiligten Rechtsgüter voraus. Die Ermittlung der Wertrelation der kollidierenden Güter ist vor allem dann problematisch, wenn es sich um Rechtsgüter verschiedener Natur handelt, wie z.B. bei der Kollision von Leib und Leben oder Freiheit und Leben. Bezüglich der ersten Frage (Kollision von Leib und Leben) ist die Lehre überwiegend der Ansicht, daß auch eine Tötung entschuldigt sein kann, wenn sie zur Rettung aus einem schweren Leibes-

---

310) So ausdrücklich v. Hippel, a.a.O., S. 222, Anm. 1; Oetker, VDA, S. 345, u. Frank-Festgabe, S. 366; Olshausen, a.a.O.; einschränkend Binding, a.a.O., S. 783 f., und Jagusch, a.a.O. Auch Baldus, a.a.O.; Eser, a.a.O.; Lenckner, in Schönke-Schröder, a.a.O. (auch die Vorauflage, a.a.O.); Stratenwerth, AT, S. 182. Ferner auch RG 61, 242; 66, 397; BGH NJW 1964, 730; zu eng dagegen BGH 2, 242 (Entschuldigung nur bei Gleichwertigkeit beider Güter).

311) Ganz verfehlt wäre es - wie Finger und v. Hippel (dieser aber etwas zurückhaltender) meinen - eine uneingeschränkte Entschuldigung zu gewähren. So sagt z.B. Finger: "Jede zur Rettung von Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen vorgenommene Handlung ist straflos. Das StGB verlangt nicht Proportionalität zwischen dem gefährdeten und verletzten Gut" (Lb., Bd. I, S. 425). Und v. Hippel, obwohl er auch eine gewisse Verhältnismäßigkeit verlangt, schreibt: "Nimmt der Leibesnotstand schwere Gestalt an, so treibt einfach der normale Selbsterhaltungstrieb zu jeder Abwehr" (a.a.O., S. 222, Anm. 1). Für eine zu weite Entschuldigung auch BGH NJW 1964, 730.

notstand begangen wird (312). Wie die Entscheidung im Fall der Kollision von Freiheit und Leben ausfallen soll, wird seltener erwähnt. So sagt Binding, daß auch die Freiheit in manchen Fällen auf Kosten des Lebens gerettet werden kann (313). Es muß sich aber um eine schwerwiegende Freiheitsberaubung handeln, wie z. B. in dem Fall, in dem Jemand von einer Gangsterbande entführt wird, ohne daß ein Ende dieses Zustands abzusehen ist (314).

Besonders problematisch ist die Feststellung der Verhältnismäßigkeit, wenn individuelle Rechtsgüter und solche der Allgemeinheit miteinander kollidieren, da es sich hier oft um inkommensurable Größen handelt. Soll z.B. derjenige entschuldigt werden, der Hochverrat begeht, um sich einer Lebensgefahr zu entziehen? Das ist eine sehr schwierige Frage (315), deren Entscheidung eine Berücksichtigung aller Tatumstände erforderlich macht. Eine Entschuldigung ist aber grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Ähnliches gilt für den Fall einer politisch motivierten Erpressung, in der der Innenminister oder sonstige kompetente Person damit bedroht wird - und die Erfahrung hat gezeigt, wie ernst solche Bedrohungen zu nehmen sind -, daß er

---

312) Für diese Lösung entscheiden sich die in der Fußnote 310 genannten Autoren. Vorsichtiger äußert sich dazu Jagusch, a.a.O.: Nicht jeder erhebliche Leibesnotstand decke die Vernichtung fremden Lebens. Die Entschuldbarkeit sei vielmehr von den Tatumständen abhängig.

313) Vgl. Handbuch, S. 783. Derselben Meinung sind auch Horstkotte, a.a.O., S. 1843; Stree, a.a.O., S. 51; Wessels, AT, S. 76.

314) So z.B. im Fall Schleyer oder des italienischen Politikers Aldo Moro.

315) Für die Entschuldigung Finger, a.a.O. Andere Meinung Binding, a.a.O., S. 784.

und seine ganze Familie getötet wird, wenn nicht innerhalb einer gewissen Frist zahlreiche Sträflinge, die eine schwere Strafe vor sich haben, freigelassen werden.

Ein Fall, in dem individuelle und kollektive Güter miteinander kollidieren, der von der Rechtsprechung mehrmals entschieden worden ist, ist der Fall des Meineides zur Abwehr einer schweren Leibesgefahr. Hier kollidieren also Körperintegrität und Gesundheit einerseits, und das gute Funktionieren der rechtsprechenden Gewalt andererseits. Die Möglichkeit der Berufung auf den Notstand ist von manchen Entscheidungen bejaht worden, wenn der Meineid zur Beseitigung einer schweren körperlichen Mißhandlung (316) erfolgt. Andere Entscheidungen haben ein strengeres Kriterium bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit gezeigt. So ist ein Meineid zur Beseitigung einer körperlichen Mißhandlung deshalb nicht entschuldigt, weil ein Meineid "eine große Gefahr für die Rechtspflege in sich birgt" (317). In einem anderen Fall wurde eine Bedrohung mit Schlägen für die Berufung auf den entschuldigenden Notstand für nicht ausreichend erklärt, da "zur Entschuldigung einer schweren Tat, also etwa eines Meineides, eine erheblichere und nachhaltigere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit vorausgesetzt wird als zur Entschuldigung einer leichteren Straftat" (318).

---

316) So RG 66, 98.

317) RG 66, 222.

318) RG 66, 397 (S. 400).

Was die Quantität der kollidierenden Güter betrifft, so kann sich sowohl die drohende Gefahr als auch der verursachte Schaden auf mehrere Rechtsgüter beziehen. Diese Rechtsgüter können ein- und derselben Person gehören, sie können aber auch von verschiedenen Rechtsgutsträgern sein. So kann eine Gefahr z.B. gleichzeitig Freiheit und Gesundheit oder Freiheit und Leben oder auch Freiheit, Leib und sexueller Selbstbestimmung des Gefährdeten drohen. Andererseits kann auch zur Rettung eines Menschenlebens die Tötung mehrerer Menschen notwendig sein. Fraglich ist, ob dies auch entschuldigt ist, und falls ja, wo die Grenzen zu ziehen sind. Eines müßte feststehen, nämlich, daß der Selbsterhaltungstrieb nicht uneingeschränkt von der Rechtsordnung berücksichtigt werden kann. So wäre eine Entschuldigung dann angebracht, wenn, um sich oder eine nahestehende Person zu retten, die Vernichtung einer Handvoll Menschen unumgänglich ist. Das gleiche kann aber nicht für den Fall gelten, in dem, um ein Leben zu retten, Tausende getötet werden müßten. So könnte man das Beispiel konstruieren, in dem ein Atomphysiker mit Tötung bedroht wird, falls er nicht für den Nötigenden eine Atombombe baut, die eine ganze Stadt zerstören kann. Hier eine Entschuldigung zu gewähren, hieße den Grundsatz der Proportionalität völlig zu mißachten (319). Eine andere Frage ist, ob der Motivationsdruck des Täters bei der Strafzumessung als mildernder Umstand berücksichtigt werden kann. Dies kann u.U. bejaht werden.

---

319) Aus diesem Grund scheinen die Urteile, die eine Entschuldigung auch bei Massenmord gebilligt haben, angreifbar (vgl. BGH NJW 1964, 730). Anders BGH 18, 311.

Auslandsrecht:

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird in mehreren ausländischen Gesetzbüchern ausdrücklich erwähnt. So verlangt z.B. das österreichische StGB, daß der aus der Tat drohende Schaden "nicht unverhältnismäßig schwerer" wiegen darf als der Nachteil, den sie abwenden soll. Diese Vorschrift wird von Leukauf-Steininger so ausgelegt, daß der verursachte Schaden lediglich gleich schwer oder geringer als der abzuwendende sein darf (320); diese einengende Interpretation scheint jedoch in offensichtlichem Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes zu stehen. Diese Autoren wollen die Anwendung des entschuldigenden Notstands noch in anderer Hinsicht einschränken, indem sie lediglich eine Verletzung von individuellen Rechtsgütern zulassen (321).

Auch das italienische StGB fordert, daß die Tat in angemessenem Verhältnis zur Gefahr steht. Die Lehre hält dieses Verhältnis auch dann für angemessen, wenn das geschützte Gut weniger wertvoll ist, als das verletzte, vorausgesetzt, daß der Wertunterschied nicht zu groß ist (322). Ähnliches gilt für das griechische StGB, nach dem der verursachte Schaden dem drohenden nach Art und Wert entsprechen muß.

---

320) Vgl. a.a.O., S. 98.

321) Ebenda, S. 96 - 97.

322) So Manzini, a.a.O., S. 345.

Die Verhältnismäßigkeitsklausel erfährt im spanischen Recht eine engere Formulierung, nach der das verursachte Übel nicht größer als das zu vermeidende sein darf. Die praktische Anwendung dieser Regelung hat im Laufe der Jahre eine Entwicklung durchgemacht. Anfänglich wurde sie so interpretiert, daß die kollidierenden Güter vergleichbaren Kategorien angehören mußten. So wurde der Notstand auf Kollisionen von individuellen mit kollektiven Rechtsgütern nicht angewandt (323). Später hat sich allmählich die Haltung durchgesetzt, daß auch bei diesen Kollisionen der Notstand Anwendung finden soll und daß den individuellen Interessen (so vor allem bei Leben und Körperintegrität) wegen ihrer Konkretheit der Vorzug vor den kollektiven und abstrakten einzuräumen ist. So wurde ein Verstoß gegen die Vollstreckung der Zwangsräumung eines Hauses dadurch entschuldigt, daß damit eine Schwerkranke vor weiterer Gefährdung ihrer Gesundheit bewahrt werden konnte (324). In einem anderen Fall wurde die Fälschung eines ärztlichen Rezepts zur Besorgung von Schmerzmitteln, die das Leiden einer Krebskranken linderten, durch Notstand entschuldigt (325).

Auch im lateinamerikanischen Recht enthalten manche Gesetzbücher den Proportionalitätsgrundsatz ausdrücklich. Das ist der Fall im brasilianischen StGB und im

---

323) So die Entscheidungen des Höchstgerichtshofs vom 9.11.1949; 3.4.1941; 22.10.1941; 29.10.1951.

324) So schon E. von 29.6.1935.

325) E . von 18.12.1963.

MusterStGB für Lateinamerika. Er wird auch im chilenischen Entwurf von Ortiz Muñoz-von Bohlen erwähnt.

In anderen Ländern wird die Verhältnismäßigkeit nicht ausdrücklich verlangt, sie wird aber durch die allgemeine Zumutbarkeitsklausel gedeckt. Das ist in der Schweiz und Peru der Fall.

c) Der Irrtum über die Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands

Im Gegensatz zum Alternativ-Entwurf hat das 2. Strafrechtsreformgesetz eine Regelung des Irrtums über den entschuldigenden Notstand für notwendig gehalten. Diese Regelung ist im §35, Abs. 2 enthalten. Der Alternativ-Entwurf hatte deswegen von einer ausdrücklichen Regelung des Irrtums abgesehen, weil er auf eine rein subjektive Auffassung des entschuldigenden Notstands abstellte. Nach dieser Auffassung war lediglich das subjektive Erlebnis der Notstandslage für die Entschuldigung entscheidend. Insofern war ein vermeintlicher Notstand (Putativnotstand) als echter Notstand zu behandeln. Ein Verschulden des Täters bezüglich der irrigen Annahme einer Notstandslage sollte lediglich durch die Zumutbarkeitsklausel berücksichtigt werden (326). In der Praxis würde diese Lösung folgendermaßen aussehen: die Vorsatzstrafe ist immer ausgeschlossen, eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit ist dagegen bei vermeidbarem Irrtum möglich, vorausgesetzt, daß ein Fahrlässigkeitstatbestand vorhan-

---

326) Vgl. Begründung zum Alternativ-Entwurf, AT, S. 61.

den ist (sogen. "Fahrlässigkeitslösung") (327). §35 ist diesem Vorschlag nicht gefolgt, sondern hat sich der sogen. Vorsatzlösung angeschlossen, die schon in der Lehre eine weite Anerkennung gefunden hatte (328). Der Grund für diese Entscheidung war, daß der vermeidbare Irrtum nach der Fahrlässigkeitslösung nicht immer bestraft werden kann, obwohl das fahrlässige Verhalten des Täters bezüglich der Nicht-Beseitigung des Irrtums an sich vorwerfbar ist. Dies führt zu Strafbarkeitslücken, die kriminalpolitisch gesehen kaum erträglich wären. Die von §35 übernommene Vorsatzlösung zieht deswegen auch bei vermeidbarem Irrtum eine Bestrafung vor, der die Vorsatzstrafe zugrunde liegt, gleichzeitig aber wird dem Motivationsdruck des Täters, der trotz des Irrtums vorhanden ist, dadurch Rechnung getragen, daß eine obligatorische Strafmilderung nach §49 Abs. 1 vorgesehen wird. Deshalb hat die Vorsatzlösung, die als zu streng kritisiert wurde (329), eigentlich bloß zur Folge, daß die strafrechtliche Verantwortlichkeit dessen, der in vorwerfbarem Irrtum handelt, über den Rahmen der Fahrlässigkeitstatbestände hinaus erweitert wird, nicht aber, daß er auch mit Vorsatzstrafe zu bestrafen sei. Deshalb wäre §35, Abs. 2 dogmatisch

---

327) Diese Lösung wurde auch von der Rechtsprechung (z.B. RG 66, 227; BGH 5, 371; OLG Hamm NJW 58, 271; BGH 18, 311) und einem Teil des Schrifttums vertreten: so vor allem Baumann, AT. S. 470; Kohlrausch-Lange, §54, V; Mezger, S. 391; Schönke-Schröder (17. Aufl.), §54, Rdn. 17.

328) So Baldus, LK, §54, Rdn. 22; Eser, I, 19, A33; Horstkotte, a.a.O., S. 1848; Jescheck, AT, S. 383 (2. Aufl.); Stratenwerth, AT. (1. Aufl.), S. 180; Wessels, AT., S. 88; Welzel, Lb., S. 192.

329) So Baumann, AT, S. 430.

auch so zu interpretieren, daß die von ihm vorgesehene Strafe "auf dem Vorwurf einer Fahrlässigkeit in bezug auf den Irrtum basiert". Demnach würde §35, Abs. 2 eine allgemeine Bestimmung enthalten, durch die jedem Vorsatzdelikt ein crimen culposum der Notstandsfahrlässigkeit angehängt wird (330).

Was die Natur des Irrtums beim Putativnotstand betrifft, so besteht in der Lehre Einigkeit darüber, daß es sich dabei weder um einen Tatbestand, noch um einen Verbotsirrtum, sondern um einen Irrtum eigener Art handelt, da er weder den Vorsatz noch das Unrechtsbewußtsein berührt (331). Die Behandlung dieses Irrtums folgt aber im wesentlichen der Regelung des Verbotsirrtums, jedoch mit der Besonderheit, daß im Fall des vermeidbaren Irrtums die Strafmilderung nicht fakultativ, sondern obligatorisch ist.

Eine Analyse der Bestimmung des §35, Abs. 2 ergibt folgendes:

Der Irrtum muß sich auf die im Abs. 1 genannten Umstände, unter denen die Notstandshandlung entschuldigt ist, beziehen. Hier müssen sowohl die positiven (Abs. 1, Satz 1), als auch die negativen (Abs. 1, Satz 2) Voraussetzungen berücksichtigt werden. Der Täter kann sich also über folgende Umstände irren:

---

330) So Schröder, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 299. Auch Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 46.

331) In diesem Sinn Jescheck, AT, S. 395; Lackner, §35, Anm. 4; Lenckner, a.a.O., Rdn. 44; Stratenwerth, AT, S. 186; Wessels, AT, S. 88.

a) über das Vorliegen einer tatsächlichen Gefahrlage;
b) über die Gegenwärtigkeit der Gefahr;
c) über die Erheblichkeit der Gefahr;
d) über die Erforderlichkeit der Notstandshandlung (hier kann sich der Irrtum auf die Wirksamkeit der Notstandshandlung oder auch auf die Verkennung eines milderen Auswegs beziehen);
e) über die Identität des Angehörigen bzw. der Sympathieperson;
f) über das eigene Verschulden der Notstandslage;
g) über die Umstände, die eine Gefahrtragungspflicht begründen.

Irrt der Täter dagegen über die Zumutbarkeit der Wahl eines milderen Mittels oder über die Zumutbarkeit der Gefahrhinnahme, so ist dies kein Irrtum, der tatsächliche Umstände betrifft, vielmehr ist er als Irrtum im Bereich des Normativen zu verstehen (332). Die rechtliche Bedeutung dieses Irrtums ist umstritten. Dreher will ihn als Verbotsirrtum behandeln (333). Lenckner und Jescheck meinen dagegen, daß einem solchen Bewertungsirrtum keine Bedeutung beizumessen sei weil er ähnlich wie beim Irrtum über die Grenzen des entschuldigenden Notstands, auf einer falschen Vorstellung über den Umfang, in dem das Recht Nachsicht übt, beruht (334).

---

332) So Lenckner, a.a.O., Rdn. 48.

333) Vgl. §35, Rdn. 17. Auch BGH 5. StrR 344/63.

334) Vgl. Lenckner, a.a.O.; in diesem Sinn auch Baldus, LK, §54, Rdn. 23.

War der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands unvermeidbar, so ist die Tat entschuldigt. War er dagegen vermeidbar, so kann der Täter nicht unbestraft bleiben, ihm kommt aber immer eine Strafmilderung nach §49, Abs. 1 zugute. Zur Abgrenzung zwischen einem unvermeidbaren und einem vermeidbaren Irrtum hat die Rechtsprechung vor allem bei der Erforderlichkeit der Notstandshandlung eine gewissenhafte Prüfung verlangt (335). Demnach sind an das Bemühen des Täters um einen anderen Ausweg aus der Gefahrenlage um so strengere Anforderungen zu stellen, je schwerer der Unrechtsgehalt der Notstandstat wiegt. Dabei ist zu beachten, daß eine gewissenhafte Prüfung nicht lediglich in bezug auf die Wahl des mildesten Mittels, sondern darüber hinaus auch hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen des §35, Abs. 1 vorgenommen werden muß. Wie gründlich diese Prüfung sein soll, ist angesichts jedes Einzelfalles zu entscheiden. Hier müssen vor allem die Nähe und die Stärke der Gefahr berücksichtigt werden, da je dringender und akuter die Gefahrlage war, desto schneller mußte die Notstandshandlung erfolgen und desto weniger Zeit blieb für eine sorgfältige Prüfung der Notstandslage übrig (336). Deshalb sollte auch hier der Gedanke der Zumutbarkeit als Korrektiv angewandt werden (337).

---

335) So BGH, 5, 371; 10, 311; BGH NJW 1964, 730; BGH NJW 1972, 832.

336) Wie im Text auch Lenckner, a.a.O., Rdn. 49.

337) Ähnlich Lackner, §35, Anm. 5.

Betrifft der Irrtum die gesetzlichen Grenzen des entschuldigenden Notstands (der Täter glaubt z.B., daß auch eine Gefahr für das Vermögen eine Notstandshandlung begründen könne, oder daß Nothilfe zugunsten jedem Dritten zulässig sei, usw.), so ist dies unbeachtlich, da allein der Gesetzgeber darüber zu entscheiden hat, unter welchen Voraussetzungen eine Entschuldigung in Betracht kommen soll (338). Um einen Verbotsirrtum kann es sich hier nicht handeln, da der Täter weiß, daß er Unrecht tut; ein Verbotsirrtum kann nur dann in Frage kommen, wenn der Täter in der Vorstellung handelt, seine Tat sei gerechtfertigt.

---

338) Das ist unbestritten; vgl. Baldus, LK, §52, Rdn. 24 u. §54, Rdn. 23; Eser, I, 19, A 36; Jescheck, AT, S. 396; Lenckner, a.a.O., Rdn. 51; Rudolphi, SK, §35, Rdn. 19; Wessels, AT, S. 88. Anders Dreher, §35, Rdn. 17.

DRITTES KAPITEL

DER ÜBERGESETZLICHE ENTSCHULDIGENDE NOTSTAND

1. Ausnahmecharakter des übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes

Bei der Behandlung der Unzumutbarkeit ist schon gesagt worden, daß die Lehre die Möglichkeit eines allgemeinen übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes bei vorsätzlichen Begehungsdelikten ablehnt. Anders war vor seiner Positivierung durch §34 n.F. die Lage beim übergesetzlichen Rechtfertigungsnotstand, der allgemeine Anerkennung in der Rechtssprechung und Lehre gefunden hatte. Der Grund dieser unterschiedlichen Bedeutung des übergesetzlichen Notstands als Rechtfertigungs- und als Entschuldigungsgrund liegt darin, daß das Unrecht kein spezifisch strafrechtlicher Begriff ist, und infolgedessen die Rechtfertigungsgründe aus der ganzen Rechtsordnung entnommen werden; dagegen stellt die Schuld einen typisch strafrechtlichen Begriff dar, und deshalb ist es allein Aufgabe des Strafrechts, ihren Ausschluß zu regeln (339).

---

339) Vgl. Maurach, Kritik der Notstandslehre, S. 129-130 und Jescheck, AT., S. 406.

Wenn in bezug auf den entschuldigenden Notstand von einem übergesetzlichen Entschuldigungsgrund die Rede ist, dann ist das in einem ganz anderen Sinn gemeint, nämlich, daß in besonderen Ausnahmesituationen ein Pflichtenwiderspruch entstehen kann, bei welchem, gleichgültig wie der Täter handelt, er zwangsläufig eine Pflicht verletzen muß. Deswegen spricht man auch in dieser Beziehung von einer "entschuldigenden Pflichtenkollision", die aber im Einzelfall besonders zu prüfen ist und daher keine Generalisierung auf jeden Pflichtenwiderstreit zuläßt. Eine allgemeine entschuldigende Pflichtenkollision gibt es also nicht (340).

Die entschuldigende Pflichtenkollision ist durch den §35 nicht gedeckt und deswegen nur auf übergesetzlicher Ebene zu lösen, weil hier die Gefahr nicht dem Täter oder einer ihm nahestehenden Person, sondern einem Dritten droht, zu dessen Rettung aber der Täter sittlich oder rechtlich verpflichtet ist. Diese Rettung ist aber nur dadurch zu erreichen, daß der Täter eine andere, der Rechtsordnung genauso wichtige Pflicht verletzt. Der Zumutbarkeitsgedanke kann hier eine Lösung nicht bieten, jedenfalls nicht in der Form der Berücksichtigung des Selbsterhaltungstriebes, da der Täter nicht in seinen unmittelbaren Interessen bedroht ist. Auf der Suche nach dem eigentlichen Grund der entschuldigenden Wirkung der Pflich-

---

340) So Jescheck, AT, S. 406; Lenckner, in Schönke-Schröder, §35, Rdn. 116; Maurach, AT, S. 395; Schmidhäuser, AT, S. 477.

tenkollision, vorausgesetzt daß sie überhaupt anerkannt wird (341), sind mehrere und unterschiedliche Begründungen vorgeschlagen worden. So ist z.B. die Wahl des kleineren Übels der ausschlaggebende Gedanke für Oetker, Henkel, Welzel, Maurach, Baumann, u.a. (342). Für andere ist dagegen der Gesichtspunkt entscheidend, daß dort, wo das Recht nicht in der Lage ist, eine Lösung zu bieten, es vom Täter nicht mehr als eine gewissenhafte Entscheidung verlangen kann. In diesem Sinn äußern sich Gallas, Jescheck, Rudolphi, Schönke-Schröder und Stratenwerth (343). Schließlich sehen Hirsch und Lenckner in der Gewissensnot, in der der Täter gehandelt hat, und in dem rechtsgutserhaltenden Zweck der Handlung die ratio der Entschuldigung (344). Darüber ist noch unten ausführlicher zu sprechen.

---

341) Eine Entschuldigung wird von vielen Autoren bestritten. So wird z.B. von Klefisch eine Rechtfertigung befürwortet (MDR 1950, S. 258 ff.); mit anderer Begründung auch Mangakis (ZStW, Bd. 84, S. 447 ff.). Andere Autoren stellen dagegen auf das Unverbotensein der in einer Pflichtenkollision begangenen Tat ab (Mezger-Blei, AT, S. 190 f.; Arthur Kaufmann, Maurach-Festschrift, S. 336 ff.). Peters will wiederum eine Entschuldigung nicht zulassen und lediglich einen persönlichen Strafausschließungsgrund anerkennen (JR 1949, S. 496 ff. und JR 1950, S. 742 ff.). In diesem Sinn auch Oehlers (JR 1951, S. 489 ff.) und OGHSt 1, 335; 2, 126. Für Spendel ist nur eine Strafmilderung zulässig (Engisch-Festschr., S. 509 ff.).

342) Vgl. Oetker, VDA, AT, Bd. II, S. 354, einschränkend auch in Frank-Festgabe, Bd. I, S. 374; Henkel, Notstand, S. 92; Welzel, Lb., S. 184 f., auch ZStW, Bd. 63, S. 47 ff.; Maurach, AT, S. 391; Baumann, AT, S. 474.

343) Vgl. Gallas, Festschrift für Mezger, 1954, S. 311 ff.; Jescheck, AT, S. 408; Rudolphi, SK, vor §19, Rdn. 8; Schönke-Schröder (17. Aufl.), §51, Vorbem. 93.

344) Vgl. Hirsch, LK, vor §51, Rdn. 177; Lenckner, in Schönke-Schröder, vor §32, Rdn. 117.

2. Der Begriff der Pflichtenkollision

Im allgemeinen ist eine Pflichtenkollision dann gegeben, wenn den Täter mehrere Pflichten treffen, dieser aber nur eine erfüllen kann, so daß er die andere Pflicht notwendigerweise verletzen muß. Da die Pflichtenkollision auch rechtfertigende Wirkung haben kann, ist es erforderlich, eine Grenze zwischen beiden zu ziehen. Eine rechtfertigende Pflichtenkollision liegt nach der h.M. (345) dort vor, wo zwei Handlungspflichten miteinander kollidieren und der Täter die höherwertige auf Kosten der minderwertigen erfüllt (Wahrung des höheren Interesses), oder wenn beide Pflichten gleichwertig sind, er eine der beiden erfüllt (Prinzip des impossibilium nulla obligatio) (346). Das Wertverhältnis der kollidierenden Pflichten wird durch den Wert der durch die Pflichten geschützten Rechtsgüter ermittelt, und zwar nicht abstrakt betrachtet, sondern nach dem konkreten Wert, der jedem Rechtsgut in der Pflichtenkollision zuzuschreiben ist.

Da zwei Unterlassungspflichten niemals miteinander kollidieren können, weil eine Unterlassung in einer Richtung mit einer Unterlassung in anderer Hinsicht

---

345) So Baumann, AT, S. 360 f.; Hirsch, LK, vor §51, Rdn. 88; Küper, JuS 1971, 474 ff.; Lackner, §34, Anm. 4; Lenckner, Notstand, S. 5, auch in Schönke-Schröder, vor §32, Rdn. 71 und §34, Rdn. 4; Maurach, AT, S. 395; Mezger-Blei, AT, S. 294; Samson, SK, §34, Rdn. 27; Wessels, AT, S. 137. Anderer Meinung sind Dreher, vor §32, Anm. 11; Gallas, a.a.O., S. 313, und Jescheck, AT, S. 293: die Kollision zwischen gleichwertigen Pflichten kann den Täter jedenfalls entschuldigen.

346) Kollidieren dagegen eine Handlung mit einer Unterlassungspflicht, von denen eine die höherwertige ist, so handelt es sich nicht mehr um eine gesondert zu behandelnde Pflichtenkollision, sondern um einen Unterfall des rechtfertigenden Notstands. Vgl. Lenckner, in Schönke-Schröder, vor §32, Rdn. 71.

immer vereinbar ist (man kann z.B. gleichzeitig unterlassen zu töten, zu stehlen, usw.), kommt eine entschuldigende Pflichtenkollision nur bei der Kollision einer Handlungs- mit einer Unterlassungspflicht in Betracht, von denen keine als höherwertig angesehen werden kann, vielmehr beide den gleichen Anspruch auf Erfüllung haben. Es handelt sich dabei einerseits um eine Handlungspflicht zur Rettung eines gefährdeten Rechtsgutes, die auf einer Garantenstellung oder auf einer allgemeinen Hilfeleistungspflicht (§330c) oder auch auf einem sittlichen Gebot beruht, und andererseits um die allgemeine Rechtspflicht, strafbare Handlungen zu unterlassen. Hier ist zu beachten, daß jede Pflichtenkollision immer materiell, d.h. situationsbedingt ist; logische Pflichtenkollisionen, d.h. systeminterne Normenkonflikte sind nur scheinbare Widersprüche, da sie auf dem Weg der Normauslegung gelöst werden können. Die echte Pflichtenkollision ist dagegen vom Recht nicht zu lösen, da es dafür keine Entscheidungsmaßstäbe gibt, die allgemeine Geltung beanspruchen könnten. Deshalb wird diese Fallkonstellation als unlösbare Pflichtenkollision bezeichnet (347). Das ist vor allem bei Pflichtenkollisionen der Fall, die mit dem Schutz des menschlichen Lebens zusammenhängen. Gerade die Kollisionen mehrerer Menschenleben sind die Fälle, die die schwierigsten Probleme aufwerfen. Da aber eine Entscheidung in bezug auf solche Konflikte auf jeden Fall getroffen werden muß, scheint es sinnvoll, gewisse Richtlinien zu entwickeln, auf die sich der Richter stützen kann. Es muß aber gesagt werden, daß diese Kriterien keine eindeutige Lösung der Pflichtenkollision bieten können, sondern nur eine relative Geltung haben.

---

347) In diesem Sinn Gallas, a.a.O., S. 313; auch Jescheck, AT, S. 407.

3. Richtlinien zur Lösung der Pflichtenkollision

a) Der absolute Charakter des menschlichen Lebens

Der besonderen Stellung des Lebens als Grundlage und conditio-sine-qua-non aller anderen Rechtsgüter wird von der Rechtsordnung dadurch Rechnung getragen, daß sie ihm den allerhöchsten Rang in der Rechtsgüterskala zuerkennt und daß im Fall der Kollision mehrerer Menschenleben andere Vergleichskriterien gelten als bei sonstigen Gütern. Dies ergibt sich aus dem Gedanken, daß jedes Menschenleben ein einmaliges, unwiederholbares und unübertragbares Ereignis ist, dessen Verlust durch nichts repariert werden kann. Jedes Leben stellt also, um einen in der Literatur schon eingebürgerten Ausdruck zu benutzen, "einen absoluten Höchstwert" dar, der uns verbietet, Leben gegen Leben abzuwägen.

Aus diesem absoluten Charakter des Lebens ergibt sich zunächst, daß zwischen mehreren Menschenleben weder qualitative noch quantitative Unterschiede gemacht werden können. Vielmehr ist das Recht auf Leben bei jedem Menschen, unabhängig davon, ob er alt oder jung, gesund oder krank, mehr oder weniger intelligent, usw. ist, gleich anzuerkennen und zu respektieren, so daß es nicht erlaubt wäre, das Leben eines Gelehrten auf Kosten eines armen Teufels der zu nichts taugt, zu retten, auch wenn vom Gesichtspunkt der Nützlichkeit beider Leben für die Allgemeinheit betrachtet, das Leben des Gelehrten "wertvoller" wäre. Denn wie Peters mit Recht gesagt

hat, geht es hier nicht allein um die Erhaltung des einzelnen Menschen, sondern auch um die Wahrung des Lebensrechtes, um die Bejahung der Idee des Lebens (348).

Nicht weniger unrichtig wäre die Vernichtung einer geringeren Zahl von Menschen zur Rettung mehrerer für zulässig zu erklären, da die besondere Bedeutung des Lebens auch in dieser Hinsicht verbietet, Unterschiede zu machen: Menschenleben sind keine Waren, die miteinander verrechnet werden können. Aus diesem Grund kann es niemals rechtmäßig sein, ein einziges Leben zu vernichten, um dadurch Hunderte zu retten (349). Auch hier ist zu bemerken, daß die Bewertung anders ausfallen muß, je nachdem, ob dieser Sachverhalt aus rechtlichen oder einfach aus utilitaristischen Gesichtspunkten betrachtet wird. Was nichts anderes bedeutet, als daß, obwohl die Funktion des Rechts im allgemeinen und des Strafrechts im besonderen überwiegend die Rechtsgutserhaltung ist, sie sich jedoch nicht darin erschöpft. In dieser Hinsicht sagt Gallas treffend: "Ein Rechtsdenken jedoch, für das die Rechtswerte nicht bloße Nützlichkeitswerte sind, das sich vielmehr der Fundierung des Rechts in den durch Christentum und Humanitätsgedanke geprägten sittlichen Grundüberzeugungen unseres Kulturkreises bewußt ist, kann sich mit einer solchen Betrachtungsweise nicht begnügen. Es muß vielmehr in jedem Menschenleben einen

---

348) Vgl. JR 49, S. 496-7; auch Lenckner, Notstand, S. 31.

349) Deshalb ist es unrichtig, wenn Klefisch (a.a.O., S. 260) die Rechtmäßigkeit der Rettungshandlung auf die folgende Weise begründet: "Wer das Leben von Tausenden rettet und nur retten kann, wenn er einen oder einige dem unentrinnbaren Schicksal überläßt, wahrt das höhere Interesse, wenigstens vom Standpunkt des Volksganzen gesehen". Zu dieser Frage auch Spendel, a.a.O., S. 521-2.

unvergleichlichen Personwert sehen, der nicht als bloßes Quantum einer Gewinn- und Verlustrechnung behandelt werden darf" (350).

Ein anderer Gedanke, der an dieser Stelle zu erwähnen ist und der zu den gleichen obengenannten Ergebnissen führt, ist, daß der Mensch niemals zum bloßen Mittel für andere Zwecke degradiert werden darf, sondern er immer als ein Zweck an sich anzusehen ist (351). So dürfen z.B. Menschen nicht für lebensgefährliche wissenschaftliche Experimente verwendet werden, auch wenn dadurch die Entdeckung eines neuen Medikaments erreicht werden könnte, das die ganze Menschheit vor einer schrecklichen, unheilbaren Krankheit schützen würde. Ein Menschenleben kann nicht lediglich ein Mittel für die Rettung anderer sein, mag der Zweck noch so wichtig und schwerwiegend sein, denn der Zweck rechtfertigt das Mittel nicht.

Dies spricht jedoch noch nicht dafür, daß in gewissen Fällen, in denen der Täter aus Gewissensnot gehandelt hat, dem Täter nicht auch eine Entschuldigung zugute kommen kann.

---

350) a.a.O., S. 327.

351) Dieser Gedanke geht auf die Moralphilosophie Kants zurück. Zitat bei Welzel, ZStW, 63, S. 52.

b) Das Verbot des "Schicksal spielen":

Das Prinzip der Unantastbarkeit des Lebens ist vor allem so zu interpretieren, daß dem Menschen absolut verboten ist, sich zu einer Art Gott zu erheben und über Leben und Tod anderer, unschuldiger Menschen zu entscheiden. Das ist vornehmlich dort der Fall, wo jemand in einen Geschehensablauf eingreift und damit eine Wendung in der ursprünglich vorgezeichneten Richtung bewirkt, indem er die Gefahr von einer Person oder Gruppe von Personen auf eine andere, unbeteiligte Person oder Gruppe abwälzt, denn dies wäre ein willkürlicher Tausch zweier Menschenleben. Dieses Verbot gilt auch dann, wenn beide Personen gleich gefährdet sind, aber nur eine sich auf Kosten der anderen retten kann, und ein Dritter, der nicht unter Motivationsdruck steht, die Lage im einen Sinn entscheidet: z.B. wenn zwei Schiffsbrüchige um die rettende Planke kämpfen, und der Dritte den Kampf damit beendet, daß er einen von beiden erschießt. Denn das wäre eine Anmaßung, die durch nichts zu rechtfertigen ist, und in der Regel auch nicht entschuldigt werden kann (352). In einer solchen Situation sollte man, wenn eine Rettungsmöglichkeit völlig ausgeschlossen ist, sich jeder Intervention enthalten und den Dingen ihren Lauf lassen, so daß allein das Schicksal entscheidet, wer sterben und wer weiterleben soll. Eine Entschuldigung könnte nur dann in Frage kommen, wenn der Täter aus Gewissensnot und mit Rettungswillen gehandelt hat.

---

352) Wie im Text Welzel, Lb., S. 185. Auch Hirsch, LK, §51, Rdn. 179; Lenckner, in Schönke-Schröder, vor §32, Rdn. 118; Petters-Preisendanz, Komm., S. 195.

c) Die Gewissensnot

Obwohl Hand an unschuldiges Menschenleben zu legen prinzipiell von der Rechtsordnung mißbilligt wird, gibt es dennoch Situationen, in denen das Recht dieses Verhalten zwar nicht zuläßt, aber doch milder beurteilt. Es handelt sich dabei um Fälle, bei denen der Täter sich aufgrund einer Gewissensentscheidung sittlich gezwungen fühlt, die eine oder die andere Pflicht zu erfüllen. Dies ist z.B. der Fall, wenn jemand Menschen in den Tod schicken muß, um ein oder mehrere Menschenleben zu retten. Hier hat der Täter die Hilfeleistungspflicht auf Kosten des Tötungsverbots erfüllt. Möglich ist es aber auch, daß der Täter sich für die andere Pflicht entscheidet und jegliche Hilfe unterläßt, mit der Folge, daß alle Gefährdeten zugrunde gehen, weil er davor zurückschreckt durch eigene Hand Menschenleben zu vernichten. In beiden Fällen muß das Recht mit dem Täter Nachsicht üben, da ihm die Pflichtverletzung, gleichgültig in welchem Sinn er die Kollision gelöst hat, nicht vorgeworfen werden kann. In einer solchen Situation hat zwar der Täter eine sittliche oder rechtliche Pflicht verletzt, diese Verletzung beruht aber auf keiner rechtsfeindlichen Haltung, sondern auf einer Gewissensnot, die auf den Täter einen Motivationsdruck ausübt, der mit dem seelischen Zwang des Selbsterhaltungstriebs zu vergleichen ist. Da die seelische Lage des Täters eine ähnliche ist wie diejenige des unter den Voraussetzungen des §35 Handelnden, ist hier eine analoge Anwendung dieser Vorschrift geboten. Es kommt aber auf die Tatumstände an, ob dem Täter im Einzel-

fall eine übergesetzliche Entschuldigung zugute kommen kann. Es muß vor allem besonders sorgfältig geprüft werden, ob der Täter tatsächlich aus einer inneren Zwangslage gehandelt hat. Verallgemeinerungen sollen hier grundsätzlich vermieden werden (353).

4. Die verschiedenen Fälle der Pflichtenkollision

Da die Pflichtenkollision sehr unterschiedliche Gestalt annehmen kann, wobei auch verschiedene Probleme aufgeworfen werden, kann die Behandlung jedes Falles und die Beantwortung der Frage, ob eine Entschuldigung in Frage kommt, nur kasuistisch erfolgen.

a) Die Fälle der Gefahrengemeinschaft:

Unter dem Begriff der Gefahrengemeinschaft werden solche Fälle verstanden, bei denen mehrere Personen einer gemeinsamen Lebensgefahr ausgesetzt sind, so daß alle untergehen müßten, wenn nicht einige auf Kosten der anderen gerettet werden. Die Möglichkeit, alle zu retten, ist also von vornherein völlig ausgeschlossen. Für den Täter entsteht also ein unlösbarer Konflikt: entweder nichts zu unternehmen und somit, der Hilfeleistungspflicht zuwider, alle dem Tod preiszugeben, oder einige von ihnen auf Kosten der anderen zu retten, wobei er das Tötungsverbot verletzt.

Da die Fälle der Gefahrengemeinschaft Unterschiede aufweisen, die nicht unbedeutend sind, werden sie in zwei verschiedenen Abschnitten behandelt.

---

353) So Schmidhäuser, AT., S. 479. Auch Lenckner, in Schönke-Schröder, vor §32, Rdn. 117; Wessels, AT., S. 80.

aa) Gefahrengemeinschaft, bei der die Opfer vom Schicksal selbst gezeichnet werden:

Bei diesem Fall der Gefahrengemeinschaft liegen die Dinge so, daß von vornherein feststeht, wer noch gerettet werden kann und wer geopfert werden muß. Die Wahl zwischen Geretteten und Opfern ist sozusagen schon vom Schicksal getroffen worden, und so könnte die Handlung des Täters als eine bloße Ratifizierung des Schicksals betrachtet werden. Als Beispiel dieser Fallkonstellation wird im Schrifttum vor allem der Bergsteigerfall erwähnt - vielleicht mehr von literarischer als praktischer Bedeutung -, bei dem zwei aneinander angeseilte Bergsteiger abgestürzt sind und nur dem oberen geholfen werden kann, indem ein Dritter das Seil unter ihm durchschneidet, was aber den Tod des untenhängenden bedeutet. Ein weiteres Beispiel dieser Art der Gefahrengemeinschaft bildet der Schiffsunglücksfall, in welchem der Kapitän das Schließen der Schotten befiehlt, und auf diese Weise die Matrosen, die sich dort befinden, dem Tode ausliefert, weil dies das einzige Mittel ist, das durch Wassereinbruch bedrohte Schiff, und damit das Leben der übrigen Mannschaft, retten zu können.

In diesen besonders tragischen Fällen haben die Opfer gleichgültig, ob sich der Täter in dem einen oder in dem anderen Sinn entscheidet, keine Überlebenschance, so daß man sagen könnte, die Handlung des Täters habe ihnen gegenüber nichts geändert: sie wären sowieso verloren gewesen, sei es zusammen mit allen anderen, wenn der Täter die Rettung unterließe, oder gerade durch

sein aktives Tun. Der Täter hat hier also mit seiner Handlung den sicheren Tod der Opfer lediglich beschleunigt, d.h., das Leben der Opfer nur um einige Augenblicke verkürzt (354).

Wenn man diese besondere Sachlage bedenkt, erscheint in gewisser Weise verständlich, daß etliche Schriftsteller den Täter rechtfertigen wollen, da der Tod Weniger, die auf jeden Fall verloren wären, im Vergleich mit dem sicheren Tod Aller, vernünftigerweise das "kleinere Übel" darstelle (355). Andere, wie Eb. Schmidt, der sich auch für die Rechtfertigung entscheidet, sehen den Grund für diese Lösung darin, daß es "als sozial vernünftig und sittlich richtig angesehen werden muß, wenn der ... vom Schicksal Begünstigte; die Chance der Rettung erhält, ohne dadurch doch den anderen gegenüber entgegen dem Walten des Schicksals seinerseits Schicksal zu spielen. Der Dritte handelt richtig und wählt das richtige Mittel zum rechten Zweck, weil er lediglich einer Entscheidung des Schicksals folgt und rettet, was zu retten ist" (356).

Doch vermögen die oben erwähnten Argumente nicht zu überzeugen, wenn man wirklich mit dem Prinzip der Unantastbarkeit des Lebens ernst machen will. So kann man

---

354) So Oetker, VDA, a.a.O., S. 331; Lenckner, Notstand, S. 31; Mangakis, a.a.O., S. 474.

355) So Oetker, ebenda: "Der Untergang nur eines Gutes muß in den Augen jedes vernünftigen Rechtes als das kleinere Übel gelten gegenüber dem Untergang beider".

356) SJZ 1949, Sp. 565.

angesichts der obengenannten Gründe, die zur Rechtmäßigkeit der Handlung führen sollen, die Frage stellen, ob die Rechtsordnung einem Menschenleben ihren Schutz verweigert, wenn die Unvermeidbarkeit seines Verlustes - der in mehr oder weniger kurzer Zeit mit höchster Wahrscheinlichkeit eintreten soll - erwiesen ist. Ist vielleicht das Leben des am Seil unten Hängenden kein Leben mehr im rechtlichen Sinn, mit der Folgerung, daß jeder es rechtmäßig vernichten darf? Wäre dies so, dann sollte auch ein unheilbarer, kurz vor dem Tod stehender Kranker rechtmäßig getötet werden dürfen, um einem anderen, noch zu rettenden Patienten, Platz zu machen, da, weil er sowieso sterben wird, sein Leben dem Recht nichts mehr wert ist. Die Ungeheuerlichkeit dieses Gedankens möge vielleicht etwas deutlicher machen, daß auch in dem Fall, in dem man mit absoluter Sicherheit - und wer kann denn das? - sagen könnte, jemand werde innerhalb der nächsten fünf Minuten sterben, dieses Leben immer noch Leben ist und folgerichtig den vollen Schutz des Rechts verdient. Lenckner äußert sich auch in dieser Richtung, wenn er fragt, "ob die Rechtsordnung nicht aus prinzipiellen Erwägungen verbieten muß, daß der Mensch Hand an das Leben seines Nächsten legt" (357).

Handelt also der Täter auf Grund der obigen Erwägungen rechtswidrig, dann ist noch zu fragen, ob zu seinen Gunsten eine Entschuldigung möglich ist. Auch wenn dieses Verhalten tatbestandsmäßig und rechtswidrig ist

---

357) Notstand, S. 28.

kann von einem Mord keine Rede sein, da es nicht vorwerfbar erscheint. Gegen die Vorwerfbarkeit spricht der rechtsgutserhaltende Zweck der Handlung und die Gewissensnot. Diese beiden Gründe, die die Grundlage jeder Entschuldigung bilden, führen auch in diesem Fall zur Straflosigkeit des Täters (358).

Ferner ist noch zu untersuchen, ob der Täter auch dann entschuldigt werden kann, wenn derjenige, der gerettet werden sollte, sich weigert, auf Kosten eines anderen Menschen gerettet zu werden; wenn Mann und Frau z.B. beim Klettern abgestürzt sind und nur der Mann auf Kosten der Frau gerettet werden kann, dieser es aber ausdrücklich ablehnt, um diesen Preis weiterleben zu dürfen. Diese Frage läßt sich schwer beantworten, weil hier noch das Selbstbestimmungsrecht des Mannes mitberücksichtigt werden soll. Eine Entschuldigung könnte aber trotzdem prinzipiell nicht versagt werden, da hier auch die Gewissensnot des Rettenden das entscheidende Kriterium sein soll.

bb) Gefahrengemeinschaft, bei der die Wahl der Opfer vom Täter getroffen werden muß:

Auch in diesem Fall liegt eine gemeinsame Gefahr vor, die aber, im Gegensatz zum vorherigen, allen Betroffenen im gleichen Maße droht. Die Rettung aller ist auch hier nicht möglich, aber immerhin besteht die Möglichkeit, mindestens einen Teil der Gefährdeten am Leben zu erhalten; diese Rettung aber impliziert als notwendige Voraussetzung die aktive Tötung der

---

358) In diesem Sinn Eser, I, 19, A, 41 a; Jescheck, AT, S. 407 f.; Küper, JuS 1971, S. 477; Lenckner, in Schönke-Schröder, vor 532, Rdn. 117.

anderen. Da die Gefahr für alle gleich ist, muß die Wahl zwischen den zu Rettenden und den Opfern vom Täter selbst getroffen werden. Die Alternative ist also nichts zu unternehmen und somit alle sterben zu lassen oder so viele wie möglich zu retten, indem man die anderen in den Tod schickt.

Als Beispiel ist der Fall des überfüllten Rettungsboots zu nennen, das wegen des übermäßigen Gewichts zu sinken droht. Um das zu vermeiden, befiehlt der einzige Offizier an Bord, ein paar Leute über Bord, zu werfen, damit mindestens der Rest der Passagiere überleben kann (359). Ein ähnliches Beispiel ist der sogenannte Fährmannfall: Ein Fährmann, der eine Kindergruppe über einen reißenden Strom zu bringen hat, erkennt in der Mitte des Stroms, daß er infolge eines Lecks das andere Ufer nicht erreichen kann. In dieser Erkenntnis stößt er einen Teil der Kinder ins Wasser, um dadurch das Fahrzeug vor dem Kentern zu bewahren und somit die anderen Kinder zu retten. Die am meisten zitierten und diskutierten Fälle sind aber wohl ohne Zweifel die sogenannten Euthanasie-Prozesse der Nachkriegszeit. Der Sachverhalt war der folgende: Auf Veranlassung eines Geheimerlasses Hitlers vom Jahre 1938 wurden die in Irrenanstalten dienstleistenden Ärzte aufgefordert, Listen auszufüllen, aus denen sich die Art der Erkrankung, die Heilungsaussichten und die Arbeitsfähigkeit jedes Kranken ergeben sollten. Auf Grund dieser Angaben mußten die Ärzte die unheilbaren und arbeitsunfähigen Kranken zum Abtransport in die Vernichtungslager freigeben. Die

---

359) Auch als Fall Holmes bekannt, denn das war der Name des befehlenden Offiziers.

Ärzte haben sich deswegen zum Verbleiben auf ihren Posten entschlossen, um zu vermeiden, daß andere, dem Regime völlig ergebenen Ärzte, die möglicherweise alle Kranken zur Vernichtung ausgeliefert Hätten, anstatt ihrer die Aktion durchführen würden. Um einen Massenmord der Geisteskranken zu vermeiden, haben die Ärzte die Begutachtung der Patienten teilweise verfälscht und viele Insassen noch als arbeitsfähig erklärt. Da sich aber diese List nur in beschränktem Maß ausführen ließ, mußten sie einen Teil der Kranken doch zum Abtransport freigeben, und dadurch Beihilfe zum Mord begehen, weil dies die einzige Möglichkeit war, die Mehrheit der Kranken zu retten.

Darüber, wie dieser Fall zu entscheiden ist, besteht sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtsprechung keine Einigkeit. Abgesehen von einigen vereinzelten Stimmen, die für eine Rechtfertigung plädieren (360), oder der gerichtlichen Entscheidung des Falles als persönlichem Strafausschließungsgrund zustimmen (361), gehen die Meinungen überwiegend dahin, daß die Ärzte rechtwidrig gehandelt haben, sie aber, angesichts der extremen Bedingungen, unter denen sie handelten, und ihrer Motivation, so viele Kranke wie möglich vor dem Tod zu retten, entschuldigt werden müssen (362).

---

360) So Klefisch, a.a.O., und Mangakis, a.a.O., S. 477.

361) So vor allem Peters, a.a.O.; auch Oehlers, a.a.O.

362) Für die Entschuldigung Baumann, AT, S. 474; Eser, I, 19, 41a; Gallas, a.a.O., S. 333; Hirsch, a.a.O., Rdn. 177; Jescheck, AT, S. 407; Küper, a.a.O.; Lenckner, Strafe, S. 75, und in Schönke-Schröder, a.a.O.; Maurach, AT, S. 391; Roxin, a.a.O.; S. 195; Rudolphi, SK, vor §19, Rdn. 8; Eb. Schmidt, a.a.O., Sp. 568 ff.; Schmidhäuser, AT, S. 479; v. Weber, a.a.O., S. 250; Welzel, Lb., S. 185, und ZStW, 63, S. 54, auch MDR 1949, S. 375.

Die Begründung der Entschuldigung ist wiederum sehr verschieden. Eb. Schmidt will sie aus dem Gedanken der Unzumutbarkeit ableiten, da "von einer Fehlerhaftigkeit der zur unrechten Tat führenden Motivation nicht mehr gesprochen werden kann". Der Täter habe sich zur Rettung eines Teils der zu tötenden Patienten "sittlich gedrängt" gefühlt, weil eine Entscheidung im Sinne des völligen Beiseitetretens zugleich eine Entscheidung gegen das in seine Hand gegebene Leben der Rettbaren gewesen wäre (363). Diese Begründung erscheint jedoch nicht sehr überzeugend, da die Zumutbarkeit als übergesetzliche Entschuldigung nicht anerkannt werden kann. Ferner wird die Zumutbarkeit als einer der tragenden Gedanken der gesetzlichen Entschuldigungsgründe so verstanden, daß sie lediglich bei einer dem Täter persönlich - oder einer ihm nahestehenden Person - drohenden Gefahr berücksichtigt werden kann. Das trifft aber im Fall der Ärzte nicht zu, weil weder sie persönlich noch eine ihnen nahestehende Person, sondern Dritte der Gefahr ausgesetzt waren. Außerdem ist aus den Worten Schmidts zu entnehmen, daß eine rechtliche Pflicht (sich an das Tötungsverbot zu halten) vor einer sittlichen Pflicht (von der einzigen Möglichkeit der Rettung Gebrauch zu machen) zurücktreten soll. Dagegen ist zunächst einzuwenden, daß dieser Konflikt auch von der Seite der Moral keine Lösung erwarten kann. Denn, es mag zwar sittlich geboten sein, den sich in Gefahr Befindlichen zu helfen, diese Pflicht kann aber nicht so weit gehen, daß sie auch dann gilt, wenn zur Rettung andere Menschen getötet werden müßte

---

363) a.a.O.

Ferner ist die Hilfeleistungspflicht der Ärzte nicht nur als sittliches Gebot aufzufassen, sondern auch als Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung, die sich aus der Garantenstellung der Ärzte gegenüber den Kranken ergibt (364).

Welzel sieht die Begründung der Entschuldigung darin, daß sich die Ärzte in der Alternative zwischen zwei Übeln - entweder die Tötung aller Kranken oder die Tötung nur eines Teiles davon -, für das kleinere entschieden haben. Dieser Autor sagt, daß die Ärzte in diesem unlösbaren Konflikt auf jeden Fall sittliche Schuld auf sich laden mußten, gleichgültig, in welchem Sinn sie sich entschieden hätten. Die sittliche Schuld müßte aber das bleiben, was sie ist: eine Schuld vor dem Gewissen oder vor Gott (365). Auch wenn das letztere richtig sein mag, kann die Wahl des kleineren Übels aus den Gründen, die schon oben erwähnt wurden, keine Erklärung für die Entschuldigung bieten.

In eine andere Richtung argumentiert Gallas. Er geht davon aus, daß der Vorwurf, rechtliche Schuld auf sich geladen zu haben, den Handelnden grundsätzlich nicht treffen kann, wenn die Rechtsordnung selbst ihm nicht zu sagen vermag, wie er sich entscheiden soll. Deshalb könne mehr als Gewissensreinheit und Rechtsgesinnung dort nicht gefordert werden, wo das Recht mangels eines allgemein verbindlichen Maßstabes die Wahl, die er zu treffen hat, allein der höchstpersönlichen

---

364) So Gallas, a.a.O., S. 329. Zustimmend Lenckner, Notstand, S. 109.

365) ZStW, 63, S. 54.

Verantwortung und damit der Eigenart der seelischen Struktur des Täters überlassen müsse. "Im Fall der Anstaltsärzte ... - meint Gallas - wird die Rechtsordnung eine Passivität, die aus Gewissensskrupeln dort, wo es um Menschenleben geht, vor jedem «Schicksal spielen» zurückschreckt, nicht minder respektieren müssen als die aus hochherzigem Drang zum Helfen geborene Aktivität" (366). Gegen diese Auffassung ist aber eingewandt worden, daß, wo das Recht nicht mehr befehlen könne, auch die Möglichkeit nicht mehr bestehe, die Entscheidung des Täters als rechtswidrig zu beurteilen (367).

Auch wenn Roxin der Meinung ist, daß "eine plausible Begründung für den Schuldausschluß nicht mehr zur Verfügung steht", gibt es noch einen anderen Ansatzpunkt, an den sich die übergesetzliche Entschuldigung anlehnen kann: in dem Fall der Pflichtenkollision sind wieder beide Gründe zu erkennen, aus denen sich die gesetzlichen Entschuldigungsgründe erklären lassen, nämlich die Unrechtsminderung und der Motivationsdruck, hier in der Form der Gewissensnot. Wo die gleichen Gründe vorliegen, muß aber auch die Lösung die gleiche sein, d.h., daß auch hier eine Entschuldigung zu bejahen ist.

---

366) a.a.O., S. 333.

367) So Mezger-Blei, AT, S. 191.

b) Ablenkung der Gefahr von einer Gruppe auf eine andere, unbeteiligte Gruppe:

In diesem Fall handelt es sich um einen ganz anderen Sachverhalt als den oben behandelten. Hier gibt es eine Lebensgefahr für eine große Personengruppe, die vom Täter auf eine kleinere Gruppe abgelenkt wird, die bis zu diesem Moment außer jeder Gefahr stand, so daß sie nur durch das Eingreifen des Täters in den Geschehensablauf in die Kollision einbezogen wird; ohne diese das Schicksal korrigierende Handlung wären diese Menschen völlig unversehrt geblieben. Die Pflichten, die hier miteinander kollidieren, sind einerseits eine Hilfeleistungspflicht gegenüber den Gefährdeten und andererseits das Tötungsverbot in bezug auf die ursprünglich ungefährdete Gruppe.

Das typische Beispiel dieser Pflichtenkollision ist der von Welzel gebildete Bahnwärterfall: "Auf einer steilen Gebirgsstrecke hat sich ein Güterwagen gelöst und saust mit voller Wucht ins Tal auf einen kleinen Bahnhof zu, auf dem gerade ein Personenzug steht. Würde der Güterwagen auf dem bisherigen Gleise weiterrasen, so würde er auf den Personenzug stoßen und eine große Anzahl von Menschen töten. Ein Bahnbeamter, der das Unheil kommen sieht, reißt in letzter Minute die Weiche um, die den Güterwagen auf das einzige Nebengleis lenkt, auf dem gerade einige Arbeiter einen Güterwagen entladen. Durch den Anprall werden, wie der Beamte voraussah, drei Arbeiter getötet" (368).

---

368) ZStW, 63, S. 51.

Welzel will den Täter in diesem Fall mit der Begründung entschuldigen, daß er sich zwischen zwei Übeln für das kleinere entschieden habe, denn ohne das Umstellen der Weiche wären erheblich mehr Leute ums Leben gekommen als die, die durch seine Handlung getötet wurden. Dieser Autor geht so weit zu behaupten, daß, falls der Beamte die fragliche Handlung unterlassen hätte, er rechtlich und sittlich "eklatant unrichtig" gehandelt hätte (369). Bei einem Umkehrschluß bedeutet das, daß die Handlung rechtlich richtig ist. Deswegen ist die Annahme einer bloßen Entschuldigung inkonsequent: wenn das Umstellen der Weiche dem Recht nicht widerspricht, dann ist es rechtmäßig, also gerechtfertigt (370). Ein anderer Anhaltspunkt für die Kritik an der Auffassung Welzels ist, daß er den Grund der Entschuldigung in der Wahl des kleineren Übels sieht. Denn, wie schon oben gesagt wurde, läßt der absolute Wert des Lebens eine rein numerische Betrachtungsweise nicht zu (371). Würde das zutreffen, d.h., wäre die Rettung vieler Menschen auf Kosten weniger für das Recht wirklich das kleinere Übel, dann sollte auch der Täter nicht nur entschuldigt, sondern schon gerechtfertigt sein, da ein kleineres Übel zur Vermeidung eines größeren zu bewirken nichts anderes als die Wahrung des höheren Interesses wäre (372).

---

369) Ebenda.

370) Vgl. Lenckner, Notstand, S. 30, Anm. 88; auch Roxin, Henkel-Festschrift, S. 195.

371) So Lenckner, Notstand, a.a.O., und in Schönke-Schröder, vor §32, Rdn. 117; auch Gallas, a.a.O., S. 333.

372) Vgl. Lenckner, Ebenda.

Wenn der Gedanke des kleineren Übels keine richtige Lösung bietet, bleibt die Frage noch offen, ob hier eine Entschuldigung in Betracht kommen kann, und, falls ja, aus welchen Gründen. Gegen eine Entschuldigung spricht schon der Umstand, daß die Menschen, auf die die Gefahr abgelenkt wurde, völlig unbeteiligt waren, so daß sie nur durch die Handlung des Beamten in den Konflikt hineingezogen wurden. Ferner hat der Täter im Gegensatz zum vorherigen Fall die Vernichtung von Menschenleben durch ein aktives Tun verursacht, was das Unrecht seiner Handlung erheblicher macht. Andererseits mangelt es auch nicht an Erwägungen, die zu einer Entschuldigung führen würden: erstens, daß durch das Umstellen der Weiche zahlreiche Menschen vor einer unmittelbaren Lebensgefahr gerettet wurden; zweitens, daß der Zweck der Handlung nicht die Tötung der Bahnarbeiter, sondern die Rettung der Personenzuginsassen war. Wenn sich der Beamte die Tötung der Arbeiter vorgestellt und akzeptiert hat, so doch nur als das unvermeidbare Mittel zur Rettung der anderen. Diese beiden Umstände bewirken eine Unrechtsminderung, die ihrerseits zu geringerer Schuld führt. Hinzu kommt noch die Berücksichtigung der Gewissensnot, in der der Täter gehandelt hat: entweder tatenlos dem sicheren Tod zahlreicher Menschen zuzusehen, oder von der einzigen Möglichkeit ihrer Rettung Gebrauch zu machen, die gerade darin besteht, gegen das Tötungsverbot zu verstoßen. Diese Gewissensnot hat eine weitere Schuldminderung zur Folge, die vergleichbar ist mit der Schuldminderung auf Grund des Motivationsdruckes bei den gesetzlich geregelten Entschuldigungsgründen. Aus diesen beiden Gründen, geminderter Unrechts- und Schuldge-

halt, ist also die Handlung des Bahnbeamten zu entschuldigen (373). Aber, da das Recht sich im Fall einer Kollision zwischen Menschenleben weder in dem einen Sinn noch in dem anderen entscheiden kann, ist der Täter auch dann entschuldigt, wenn er die Rettungshandlung unterläßt, weil er es nicht übers Herz bringt, aktiv Hand an das Leben anderer zu legen (374). Denn, wenn die Rechtsordnung selbst nicht wagt, nach quantitativen Kriterien eine Entscheidung zu treffen, kann sie dem Täter seine Entscheidung anhand von Quantitätsargumenten nicht vorwerfen (375).

c) Sonderprobleme der Pflichtenkollision

aa) Verstoß gegen eine Strafrechtsnorm aufgrund eines Gewissensentscheids

In der zahlreichen Literatur über dieses Thema findet man sowohl die Bezeichnung "Überzeugungsverbrecher" als auch den Ausdruck "Gewissenstäter". Manche Autoren verwenden beide Ausdrücke als Synonym (376), andere dagegen differenzieren zwi-

---

373) Für diese Lösung, Eser, Strafrecht, I, 10, Rdn. 41a; Jescheck, AT, S. 407-8; Küper, a.a.O., S. 477; Lenckner, in Schönke-Schröder, a.a.O.

374) So Jescheck, AT, S. 408.

375) Vgl. Schönke-Schröder (17. Aufl.), vor §51, Rdn. 93.

376) So z.B. Baumann, AT, S. 373 f.; Bockelmann, Welzel-Festschrift, S. 543 ff.; Gallas, a.a.O., S. 319; Hirsch, LK, vor §51, Rdn. 183 ff.; Jescheck AT, S. 334.

schen ihnen (377). Da die Lösung der Pflichtenkollision bei Taten, die aus einer politischen oder ideologischen Überzeugung entstehen, noch viel schwierigere Fragen aufwerfen, werden hier als Gewissensentscheid lediglich die Taten berücksichtigt, die auf einer sittlichen oder weltanschaulichen Überzeugung beruhen. Als Gewissensentscheid ist "jede ernste sittliche, an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung, die der einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln kann" (378) zu verstehen.

In diesem Sonderfall der Pflichtenkollision handelt es sich also um einen Widerstreit zwischen einer Rechtsnorm und einem anderen, außerrechtlichen Gebot, der vom Täter im Sinne des letzteren entschieden wird. Deshalb kann in diesem Fall von einem Verbotsirrtum keine Rede sein, da dem Täter die Abweichung seiner Entscheidung gegenüber der Rechtsordnung bekannt ist; er versagt ihr vielmehr bewußt seine persönliche Anerkennung (379). Beispiele dieser Konstellation sind die Fälle der Wehr- oder Ersatzdienstverweigerung aus religiösen oder ethischen Gründen, wie sie vor allem bei Anhängern der Sekte

---

377) So Peters, H. Mayer-Festschrift, S. 277 ff. Auch Welzel, Niederschriften, Bd. III, S. 61.

378) BVerfG 12, 55.

379) So Gallas, a.a.O., S. 319; Hirsch, a.a.O., Rdn. 183; Jescheck, AT, S. 334; Baumann, AT, S. 373, Anm. 29. Andere Meinung Armin Kaufmann, ZStW, Bd. 80, S. 40 ff.

"Zeugen Jehovas" vorkommen (379a). Ein anderes Beispiel ist die Ablehnung der Durchführung einer Bluttransfusion oder eines Blutaustausches bei einem in Lebensgefahr stehenden Angehörigen (380). Hierher gehört ferner der Fall des Arztes, der sich aus Gewissensskrupeln weigert, eine zur Rettung des Lebens oder der Gesundheit der Frau notwendige Schwangerschaftsunterbrechung vorzunehmen.

Die strafrechtliche Behandlung dieser Fälle ist umstritten. Die h.M. ist der Ansicht, daß die auf einer Gewissensentscheidung beruhende Straftat grundsätzlich weder gerechtfertigt noch entschuldigt ist, da die Rechtsordnung die Geltung ihrer Normen nicht von der Anerkennung des Einzelnen abhängig machen kann. Vielmehr muß sie für ihre Normen den unbedingten Vorrang vor jeder individuellen Wertung beanspruchen (381). Die Schuld des Gewissentäters liegt gerade darin, daß er bewußt an die Stelle der Wertordnung der Gemeinschaft seine eigene setzt und von dieser her im Einzelfall falsch wertet (382).

Eine Reihe von Autoren will jedoch innerhalb gewissen Schranken eine Entschuldigung aus der im Art. 4 GG garantierten Glaubens- und Gewissensfreiheit ablei-

---

379a) BVerfG 19, 135; OLG Bremen NJW 63, 1932; OLG Stuttgart GA 64, 60; OLG Karlsruhe, JZ 64, 761.

380) BVerfG 32, 98; OLG Hamm, NJW 1968, 212.

381) So Baumann, AT, S. 373; Bockelmann, a.a.O.; Eser I, 19, Rdn. 45; Gallas, a.a.O., S. 319; Hirsch, a.a.O., Rdn. 183; Jescheck, AT, S. 334; Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 137 ff.; Lenckner, in Schönke-Schröder, a.a.O., Rdn. 119; Roxin, a.a.O., S. 195 f.; Welzel, Lb., S. 176 f. Abweichend Peters, a.a.O.

382) In diesem Sinn Bockelmann, a.a.O., S. 349 ff.; Gallas, a.a.O., S. 319, Anm. 3; Hirsch, a.a.O.; Jescheck, AT, S. 334; Welzel, Lb., a.a.O.; Wessels, AT, S. 70. Auch BGH 2, 208; 4, 3.

ten (383). Obwohl sicherlich richtig ist, daß sich die in Art. 4 garantierte Gewissensfreiheit nicht nur auf das "Forum internum" beschränkt, sondern auch die Gewissensverwirklichung - d.h., die Möglichkeit, nach seinem Gewissen zu handeln - umfaßt, kann diese Freiheit niemals absolut sein. Denn, wie Rudolphi mit Recht bemerkt, käme eine schrankenlose Gewissensbetätigungsfreiheit einer absoluten Macht jedes Einzelnen gleich und würde jede Rechtsordnung auflösen und zur Anarchie führen (384). Die Gewissensfreiheit muß daher ihre Grenzen dort finden, wo in die Rechte Dritter eingegriffen wird oder die fundamentalen Zwecke des Staates unmittelbar bedroht sind (385). Die Gewissensentscheidung und die Glaubenstreue als solche sind noch keine Garantie dafür, daß die auf ihnen beruhende Handlung sozialadäquat ist. Dies spricht dafür, daß eine aus Art. 4 GG abgeleitete Entschuldigung nicht anerkannt werden kann.

Eine Entschuldigung kann nur dann in Frage kommen, wenn der Täter aus Gewissensnot gehandelt hat, die auf ihn einen so starken Motivationsdruck ausübt, wie dies beim §35 der Fall ist. Das Schrifttum spricht in diesem Zusammenhang von einem "persönlichkeitszerstörenden" Gewissenskonflikt oder von einem Gewissenszwang (386). Die strafrechtliche Rechtsprechung hat

---

383) So z.B. Rudolphi, SK, vor §19, Rdn. 7; und Welzel-Festschrift, S. 605 ff.; Roxin, a.a.O., S. 197; einschränkend (nur bei Unterlassungsdelikten) auch Jescheck, AT, S. 516.

384) a.a.O., S. 611

385) Wie im Text Hirsch, a.a.O., und Lenckner, in Schönke-Schröder, a.a.O., Rdn. 119; Rudolphi, Welzel-Festschrift, S. 613 ff.

386) In diesem Sinn Lenckner, a.a.O., Rdn. 119; Stratenwerth, AT, S. 184.

auch eine Entschuldigung in einem solchen Fall gewährt. Es handelt sich dabei um einen Vater, der einen lebensrettenden Blutaustausch bei seinem neugeborenen Kind aus religiösen Gründen abgelehnt hat (387). Das Gericht hat in diesem Fall entschieden, daß "es zu weit gehen würde, vom Angeklagten zu verlangen, gegen ein von ihm bejahtes göttliches Gebot und damit gegen sein Gewissen zu handeln".

Eine andere Frage ist, ob in manchen Fällen die Gewissensnot, in der der Täter gehandelt hat, eine Schuldminderung bewirken kann, die bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sei. In dieser Hinsicht ist zunächst zu sagen, daß die aus Überzeugung begangene Tat nicht schon allein deshalb eine mildere Beurteilung verdient. Vielmehr muß die Gewissensentscheidung auch materiell in gewissem Maße vertretbar sein, d.h., daß sie vom Standpunkt der in der Rechtsordnung verkörperten ethischen Werte aus Achtung verdienen kann (388). Wann einer Überzeugung Achtung entgegen gebracht werden könne, ist nach der Meinung Hirschs aus dem Gesamtverhalten des Täters zu entnehmen: es komme sowohl auf die Ziele wie auch auf die zur Verwirklichung eingesetzten Mittel an (389).

---

387) OLG Hamm, 1968, 212.

388) So Gallas, a.a.O., S. 320; auch Hirsch, a.a.O. Anderer Meinung ist in dieser Hinsicht Welzel: für ihn ist schon die Gewissenstreue als solche als mildernder Umstand zu betrachten (LB., S. 177). Ähnlich Rudolphi: die Schuldminderung beruht auf der Erschwerung der Entscheidung (SK, vor §19, Rdn. 11).

389) a.a.O., Rdn. 185.

So ist z.B. die Ersatzdienstverweigerung aus religiösen Gründen als strafmildernder Umstand anerkannt worden. Ein anderer Aspekt, der bei der Frage der Strafmilderung berücksichtigt werden muß, ist, daß die Gewissensentscheidung nur dann respektiert werden kann, wenn der Schutz des Gutes, zu dessen Gunsten die Handlungspflicht besteht, nicht gerade vom Täter abhängt (390).

bb) Sterbehilfe

Schließlich ist noch unter dem Gesichtspunkt der Pflichtenkollision die Sterbehilfe zu erwähnen. Freilich kann hier auf dieses vielseitige und sowohl von Theologen und Medizinern, als auch von Juristen vieldiskutierte Problem nicht in Einzelheiten eingegangen werden, sondern nur in groben Zügen und vornehmlich in bezug auf die Pflichtenkollision.

Was zunächst den Begriff der Sterbehilfe betrifft, so ist darunter eine Vielfalt von ärztlichen Maßnahmen zu verstehen, die dahin tendieren, einem unheilbaren Kranken in der Endphase seines Lebens einen schmerzfreien und menschlich würdigen Tod zu ermöglichen. Dieser weite Begriff der Euthanasie umfaßt also die Hilfe beim Sterben und die Hilfe zum Sterben. Beide unterscheiden sich dadurch, daß die erstere keine Lebensverkürzung impliziert, sondern lediglich die Beseitigung sowohl des leiblichen als auch des psychischen Leidens beim Sterben bezweckt,

---

390) So Lenckner, in Schönke-Schröder, a.a.O., Rdn. 120. Auch Rudolphi, Welzel-Festschrift, S. 622.

und insofern strafrechtlich von geringer Bedeutung ist. Die Euthanasie im e.S., die für das Strafrecht sehr schwierige Probleme aufwirft, ist also als lebensverkürzende Hilfe zum Sterben zu verstehen. Innerhalb dieser ist wiederum weiter zu differenzieren, denn sie kann verschiedene Gestalten aufweisen. Bevor die unterschiedlichen Arten der Sterbehilfe im einzelnen erörtert werden, ist zu bemerken, daß dabei für den Arzt ein Gewissenskonflikt entsteht zwischen der aus seiner Garantenstellung resultierenden Lebenserhaltungspflicht einerseits, und einer aus Mitleid mit dem Leiden des Patienten motivierten Hilfeleistungspflicht zur Schmerzbeseitigung, auch wenn sie nur um den Preis der Beschleunigung des Todes erkauft werden kann, andererseits. Auf die Rechtsgüter bezogen handelt es sich also um einen internen Konflikt zwischen Leben und Schmerzlosigkeit (körperliches Wohlbefinden). Intern insofern, weil beide sich auf die gleiche Person beziehen (391). Um eine sachgerechte Lösung dieses Konfliktes zu ermöglichen, haben die Juristen zu verschiedenen Möglichkeiten gegriffen (392). Das letz-

---

391) So Eser, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch in rechtlicher Sicht, in Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, Köln, 1977, S. 122.

392) Man hat z.B. versucht, sich mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten, das auch als Recht auf den eigenen Tod verstanden wird, und mit einer Einschränkung der Lebenserhaltungspflicht des Arztes, zu helfen. Ferner ist die Annahme eines rechtfertigenden Notstandes (auch in der Form einer rechtfertigenden Pflichtenkollision) vorgeschlagen worden. Zuletzt ist die Meinung vertreten worden, die Sterbehilfe lediglich unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit oder der Pflichtenkollision zu entschuldigen (siehe Eser, a.a.O.), auch Engisch, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung, Stuttgart, 1948; Geilen, Euthanasie und Selbstbestimmung, Tübingen, 1975; Hanack, Euthanasie in strafrechtlicher Sicht, in Euthanasie, München, 1975.

te Wort dürfte aber noch nicht gesprochen sein. Hier sollte auch die Möglichkeit einer übergesetzlichen Entschuldigung auf Grund einer rechtlich unlösbaren Pflichtenkollision überprüft werden. Darauf ist noch zurückzukommen.

Als erster Fall der Sterbehilfe ist die soq. indirekte Euthanasie zu nennen. Indirekt deshalb, weil ihr Zweck nicht die Lebensverkürzung, sondern lediglich die Schmerzlinderung ist. Diese bringt aber als ungewollte Folge mit sich, daß dadurch der Tod beschleunigt wird, da vor allem bei einer Dauermedikation mit starken Schmerzmitteln allmählich ein Vergiftungsprozeß eintritt. Von der Einwilligung in den Tod einmal abgesehen, da sie nur dort wirksam sein kann, wo es um disponierbare Rechtsgüter geht, zu denen das Leben sicherlich nicht gehört (393), haben manche Schriftsteller die Annahme eines erlaubten Risikos in diesem Fall vorgeschlagen (394). Die lebensverkürzende Nebenwirkung kann aber häufig mehr als ein bloßes Risiko darstellen, denn es ist in der Medizin bekannt, daß es praktisch kein Heilmittel gibt, das ganz harmlos wäre, erst recht nicht, wenn es sich um starke Anästhesika in hoher Dosis handelt, wie sie bei der Beseitigung von anhaltenden Schmerzen in dem Endstadium einer unheilbaren Krankheit in der Regel nötig sind. So kann der Arzt mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit mit einer lebensverkürzenden Nebenwirkung der Medikation rechnen, und trotzdem kann er darauf nicht verzichten, da sich die Schmerzen auf eine andere Weise nicht vermeiden lassen. Dann greift der Gedanke der Pflichtenkollision

---

393) So Lenckner, in Schönke-Schröder, a.a.O., Rdn. 36 und Eser, III, 3, A2. Das ist ferner aus dem §216 zu entnehmen, der, selbst wenn die Tötung vom Getöteten verlangt wird, den Täter mit Strafe belegt.

394) In diesem Sinn Hirsch, ZStW, Bd. 74 (1962), S. 78 ff; Möllering, Schutz des Lebens - Recht auf Sterben, 1977. S. 15 ff.

Platz, da der Arzt zwischen zwei miteinander inkompatiblen Pflichten steht: entweder den Patienten so lange wie möglich am Leben zu erhalten, welches aber mit schrecklichen Schmerzen verbunden ist, oder für ein schmerzloses Dasein zu sorgen, auch wenn damit der Tod etwas früher eintreten wird. Wenn er sich für die letztere Pflicht entscheidet, wie es jeder vernünftige und mitfühlende Arzt tun würde, kann er nicht gerechtfertigt sein, da auch das Leben eines Kranken ein rechtgeschütztes Gut ist; ein Vorwurf kann ihm aber trotzdem nicht gemacht werden (395).

Die indirekte Sterbehilfe ist auch die einzige aktive Form, die straflos ist. Die direkte, aktive Tötung eines Patienten zum Zweck der Schmerzlinderung ist vom Schrifttum entschieden abgelehnt (396). Gegen eine aktive Tötung als Mittel der Schmerzbeseitigung spricht schon der Umstand, daß, angesichts der Fortschritte der Medizin, der Fall kaum denkbar ist, bei dem diese Möglichkeit die einzige wäre, einem leidenden Patienten zu helfen (397). Ein Absehen von Strafe wäre nur auf dem Weg der Gnade möglich (398).

---

395) Für diese Lösung auch Schwalm, Juristische Aspekte der Sterbehilfe, Bayer. Ärzteblätter, 1975, S. 505-6.

396) So Eser, a.a.O., S. 93. Andere Meinung Rudolphi, Welzel-Festschrift, S. 628.

397) So auch Eser, a.a.O.

398) So Engisch, Der Arzt, S. 51; Hanack, a.a.O., S. 155, auch Eser, a.a.O., S. 92.

Handelt es sich dagegen um Sterbehilfe, die lediglich in einer Unterlassung besteht, und ist das ausschlaggebende Motiv dafür, dem Patienten einen menschlichen und würdigen Tod zu ermöglichen (die Aussichtslosigkeit der Behandlung immer vorausgesetzt), so kann sich hier nach der Meinung mancher Schriftsteller eine übergesetzliche Entschuldigung aus dem Gedanken der Unzumutbarkeit ergeben (399). Da aber die Unzumutbarkeit traditionsgemäß auf eine direkte oder indirekte Gefährdung des Täters selbst bezogen ist, könnte sich die Entschuldigung möglicherweise aus dem Gedanken der Pflichtenkollision ergeben.

Absolut unerlaubt ist aber die passive Sterbehilfe, wenn sie nicht im Interesse des Kranken selbst, sondern aus externen Motiven geleistet wird, etwa der Kostspieligkeit der Behandlung oder der "Wertlosigkeit" des Lebens des Patienten. Hier handelt es sich vielmehr um eine egoistische Einstellung, die vom Recht nicht respektiert werden kann. Das gleiche gilt für die sogen. "Früheuthanasie", d.h. die Tötung geschädigter Neugeborenen. Denn hier geht es nicht oder nicht primär um Mitleid mit dem Betroffenen, sondern auch um gesellschaftsnützliche Eugenik (400).

---

399) In diesem Sinn Eser, a.a.O., S. 126.

400) So Eser, a.a.O., S. 141 ff. Auch Lenckner, in Schönke-Schröder, vor §32, Rdn. 119.

VIERTES KAPITEL

DER ENTSCHULDIGENDE NOTSTAND IM CHILENISCHEN STRAFRECHT

1. Einführung in die Problematik des strafrechtlichen Notstandes im chilenischen StGB

Die Besonderheit der Probleme, die der Notstand im chilenischen Strafrecht aufwirft, macht es notwendig, diese Frage in einem speziellen Kapitel zu behandeln. Diese Besonderheit besteht darin, daß das chilenische StGB keine Regelung des entschuldigenden Notstandes enthält. Deshalb muß diese Figur entweder aus anderen Bestimmungen konstruiert werden, was sich schwer machen läßt, oder der Strafrechtler muß sich mit der Tatsache abfinden, daß eine in einer entschuldigenden Situation begangene Tat strafbar ist, auch wenn dies angesichts des heutigen Stadiums der Strafrechtswissenschaft absurd erscheinen muß (401).

Die einzige Vorschrift, die das schon über 100 Jahre alte chilenische StGB über den Notstand enthält, ist der Art. 10, Nr. 7, der den rechtfertigenden Notstand in einer sehr engen Fassung regelt. Diese Bestimmung lautet: "Art. 10: Von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit sind ausgeschlossen: ... Nr. 7) Derjenige, der, um ein Übel zu vermeiden, eine Handlung vornimmt, welche an fremdem Eigentum Schaden verursacht, unter der Bedingung, daß folgende Voraussetzungen

---

401) So Novoa, Curso de Derecho penal chileno, Santiago, 1960, S. 599.

eintreffen: 1) Vorhandensein oder drohende Gefahr eines Übels, um dessen Beseitigung es sich handelt. 2) Das Übel muß größer sein als dasjenige, welches verursacht ist, um jenes zu vermeiden. 3) Es darf kein anderes ausführbares und weniger nachteiliges Mittel geben, um das Übel oder die Gefahr zu verhüten (402).

In bezug auf diese Vorschrift, die keine Zweifel an ihrer rechtfertigenden Wirkung läßt, ist noch der Umstand zu erwähnen, daß bei der Diskussion ihrer Entstehung von einem Mitglied der mit der Ausarbeitung des Gesetzestextes beauftragten Kommission (Comisión redactora del Código penal chileno) vorgeschlagen wurde, diese Bestimmung nicht nur auf die Verletzung des Eigentums zu beschränken, sondern auch auf die Verletzung "der Personen" zu erweitern (403). Dies würde aber von der Mehrheit mit der Begründung abgelehnt, daß es gefährlich wäre, erhebliche Schäden, die den Personen zugefügt werden können, zu erlauben, und daß unerheblichen Schaden in dieser Vorschrift zu berücksichtigen nicht nötig sei, denn sie würde diesbezüglich nur selten angewandt und könnte auch zum Mißbrauch führen (404).

---

402) Der Text dieser Vorschrift ist eine wörtliche Übertragung des Art. 8, Nr. 7 des spanischen StGB von 1848.

403) Siehe Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno, Santiago de Chile, 1873, 121. Sitzung.

404) Ebenda.

So eng wie diese Vorschrift aufgefaßt ist, so ist sie von der Rechtsprechung nur selten und mit grossem Vorbehalt angewandt worden (405). Als Beispiel dafür kann die Haltung der chilenischen Rechtsprechung genannt werden, die den rechtfertigenden Notstand grundsätzlich verneint, wenn die Verletzung des fremden Eigentums durch Betrug begangen wird, denn nach ihrer Meinung wäre diese Art der Begehung inkompatibel mit der Dringlichkeit der Not (406). Auch die Voraussetzung, daß es kein anderes ausführbares und weniger nachteiliges Mittel geben soll, ist so ausgelegt worden, daß bei Taten, die aus finanzieller Not begangen werden, der Täter beweisen muß, daß die Inanspruchnahme öffentlicher oder privater Wohltätigkeitseinrichtungen nicht möglich war (407).

Dieser kleine Exkurs über den rechtfertigenden Notstand und seine Auslegung in der Praxis soll dazu dienen, deutlich zu machen, welche strenge Haltung die chilenische Rechtsprechung gegenüber dem Notstand einnimmt.

---

405) Erstaunlich erscheint die Erklärung für diese Haltung der Rechtsprechung, die Etcheberry darin sieht, daß die Fälle sehr selten vorkommen, in denen die Gefahr oder die Not so groß sind, daß sie die Verletzung fremden Eigentums erforderlich machen (El Derecho penal en la Jurisprudencia, T. I, Concepción (Chile), S. 241).

406) So die Entscheidung der Corte de Apelaciones von Santiago, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Bd. 48, 4. Teil, S. 66; auch Corte de Apelaciones von Talca, Revista de Ciencias Penales, Bd. VI, Heft 4, S. 476; ebenfalls Corte Suprema, Gaceta de los Tribunales, 1946, Heft 1, S. 190.

407) So Corte Suprema, Gaceta de los Tribunales, 1946, Heft 1, S. 190; auch Corte de Apelaciones de Santiago, in gleicher Zeitschrift, S. 295.

2. Dogmatische Vorschläge zur Lösung des Notstandsproblems

Angesichts der bedauerlichen Lösung, zu der der Text des Gesetzes führt, haben sich manche Autoren bemüht, durch einen anderen Weg eine angebrachte Behandlung dieser Fälle zu ermöglichen. In dieser Richtung sind drei verschiedene Lösungen vorgeschlagen worden:

a) Der allgemeine Entschuldigungsgrund der Unzumutbarkeit.

Als ein Echo der in Deutschland vornehmlich in der Vorkriegszeit so heftig diskutierten Frage der Unzumutbarkeit als allgemeinem Entschuldigungsgrund (408) ist auch in der spanischen Literatur die Möglichkeit einer solchen Entschuldigung angenommen worden (409). Diese Auffassung wird heute noch auch in Chile von manchen Autoren wie Rivacoba und Fontecilla vertreten (410). So sagt z.B. Rivacoba; nachdem er behauptet hat, daß die Entschuldigungsgründe grundsätzlich vom Gesetz geregelt werden sollen: "In den Fällen, in denen die Entschuldbarkeit feststeht, sie aber durch ihre ungewöhnliche Form nicht unter die gesetzlich geregelten Entschuldigungsgründe subsumiert werden kann, muß sie übergesetzlich erklärt werden" (411).

---

408) Siehe oben erstes Kapitel, 2 a, bb.

409) So vor allem Jiménez de Asúa, Tratado, Bd. VI, S. 932 ff., und La ley y el delito, S. 410.

410) Vgl. Rivacoba y Rivacoba, Manuel: La obediencia jerárquica en el Derecho penal, Valparaíso, 1969, S. 130; Fontecilla Riquelme, Rafael: Los problemas jurídicos de las causas supralegales en materia penal, in Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1964, S. 695.

411) a.a.O.

Die Befürworter dieser Auffassung argumentieren folgendermaßen: Aus zahlreichen Bestimmungen des chilenischen StGB, die als Berücksichtigung des Zumutbarkeitsgedankens und der Motivation des Täters auszulegen sind, sei zu entnehmen, daß es einen normativen Schuldbegriff anerkenne (412). So sei anzunehmen, daß die Schuld - parallel zur materiellen Rechtswidrigkeit - mittels einer systematischen Interpretation, lediglich dort zu bejahen sei, wo materiell eine schuldhafte Handlung vorliege. Wenn das nicht der Fall sei, dann müsse die Handlung entschuldigt werden, gleichgültig, ob sich der Täter auf einen gesetzlichen Entschuldigungsgrund berufen könne oder nicht, denn seine Tat sei auf jeden Fall durch den übergesetzlichen Entschuldigungsgrund der Unzumutbarkeit exkulpiert (413).

Diese Auffassung findet nur beschränkte Zustimmung in der chilenischen Dogmatik, da die Unzumutbarkeit als übergesetzlicher Entschuldigungsgrund eine sehr bedenkliche Lösung darstellt (414). So ist z.B. Novoa ein entschiedener Gegner der übergesetzlichen Ent-

---

412) So vor allem die Berücksichtigung der Motivation und die Gestaltung der Entschuldigungsgründe (vgl. Novoa, a.a.O., S. 442-3 und 567-8; auch Rivacoba, El principio de culpabilidad en el Código penal chileno, in Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del Centenario del Código penal chileno, Valparaíso, 1975, S. 64-5.

413) So Rivacoba, El principio de culpabilidad, a.a.O.

414) Siehe oben, Kapitel I, 2, a, bb.

schuldigung. So sagt dieser Autor: "Im positiven Recht ist der Gesetzgeber der einzige, der darüber entscheiden kann, wann die Unzumutbarkeit eines anderen Verhaltens anzuerkennen ist" (415).

Aber nicht nur in der Lehre ist dieser Vorschlag zur Lösung des entschuldigenden Notstandes auf Ablehnung gestoßen, sondern auch in der Rechtsprechung, die traditionsgemäß - das sei am Rande vermerkt - einen beinahe fetischistischen Respekt vor dem Wortlaut des Gesetzes gezeigt hat: die ständige Auffassung der Rechtsprechung ist, daß die Gründe der Straflosigkeit abschließend im Art. 10 StGB enthalten seien, so daß übergesetzliche Strafbefreiung grundsätzlich abzulehnen sei (416).

Nach alledem und gemäß der ausführlichen Kritik der Unzumutbarkeit als übergesetzlichem Entschuldigungsgrund, die im ersten Kapitel unternommen wurde und auf die verwiesen wird, ist dieser Weg zu einer Lösung des entschuldigenden Notstandes als nicht praktikabel anzusehen.

b) Berufung auf die "unwiderstehliche Gewalt".

Die Schwierigkeiten, mit welchen der übergesetzliche Entschuldigungsgrund der Unzumutbarkeit verbunden ist, haben manche Autoren dazu veranlaßt, eine Lösung des entschuldigenden Notstandes im Gesetz selbst

---

415) a.a.O., S. 567; der gleichen Meinung ist Etcheberry, Derecho penal, Parte general, Bd. I, S. 235.

416) So ausdrücklich Corte de Apelaciones von Temuco, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Bd. 61, 4. Teil, S. 437.

zu suchen. So vertritt vor allem Cury die Auffassung, daß die Fälle des entschuldigenden Notstandes auf eine befriedigende Weise durch die Anwendung des Art. 10, Nr. 9 in seinen beiden Teilen gelöst werden können (417). Der Text dieser Bestimmung ist der folgende: "Art. 10: Von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit sind ausgeschlossen ... Nr. 9) Derjenige, der durch unwiderstehliche Gewalt getrieben oder von unüberwindlicher Furcht bewogen, handelt".

In diesem Abschnitt geht es nur um den ersten Teil dieser Vorschrift, um die unwiderstehliche Gewalt also. Dieser Ausdruck ist wie der größte Teil des chilenischen StGB aus dem spanischen StGB von 1848 entnommen worden (Art. 8, Nr. 9), und ist sowohl in der spanischen wie in der chilenischen Dogmatik immer als vis absoluta interpretiert worden. Diese Auslegung beruht auf einer systematischen Interpretation des StGB, da, überall wo dieser Ausdruck (fuerza) vorkommt, er als physische Gewalt zu verstehen ist (418). Diese Auslegung wird noch durch das Adjektiv "unwiderstehlich" (irresistible) bestätigt, da nur dort, wo es absolut unmöglich ist, anders zu handeln als im Sinn desjenigen, der die Ge-

---

417) Vgl. Orientación para el estudio de la teoria del delito, Valparaíso, 1969, S. 229.

418) So z.B. verwendet das Gesetz in bezug auf den Raub zwei verschiedene Wörter, mit denen auch zwei verschiedene Dinge gemeint werden: einmal den Ausdruck "violencia o intimidación" im Sinne von vis compulsiva oder Drohung (robo con violencia o intimidación en las personas: Art. 433), und zum anderen den Ausdruck "fuerza", der nicht anders als vis absoluta ausgelegt werden kann, da er sich auf Sachen bezieht (robo con fuerza en las cosas: Art. 440).

walt anwendet, von einer "unwiderstehlichen" Gewalt die Rede sein kann. Wenn dies aber so ist, so kann es sich nicht um eine Entschuldigung handeln, vielmehr ist schon die Handlung selbst zu verneinen.

Um den ersten Teil des Art. 10, Nr. 9 in bezug auf den entschuldigenden Notstand anwenden zu können, müßte zuerst diese Auslegung in Frage gestellt und die unwiderstehliche Gewalt in einem anderen Sinn verstanden werden. Für diese Lösung hat sich Cury entschieden, der die Auffassung vertritt, daß dieser Ausdruck als vis compulsiva zu deuten sei (419). Diese Meinung stützt er auf folgende Argumente: Das Wort Gewalt enthalte seiner allgemeinen Bedeutung nach sowohl die physische als auch die sogen. moralische Gewalt, weshalb nicht richtig erscheine, nur in einem von beiden Sinnen auszulegen. Außerdem müsse absurd erscheinen, daß der Gesetzgeber eine überflüssige Bestimmung, die spezifisch die Straflosigkeit der mangelnden Handlung regelt, aufgestellt hätte. Die "unwiderstehliche Gewalt" müsse also als moralische Gewalt verstanden werden. Diese neue Interpretation hat keine Zustimmung gefunden, da zu dem oben Gesagten noch hinzu kommt, daß es höchst merkwürdig erscheinen müßte, wenn der Gesetzgeber in der gleichen Bestimmung und sogar im gleichen Satz zweimal dasselbe gemeint hätte: "durch unwiderstehliche Gewalt getrieben oder von unüberwindlicher Furcht bewogen". Sieht man diesen Satz näher an, so sollte schon der Umstand berücksichtigt werden, daß in beiden Fällen verschiedene Verben vorkommen und daß

---

419) a.a.O., S. 226-7

beide Ausdrücke durch die disjunktive Konjunktion "oder" getrennt sind. Was die "unüberwindliche Furcht" betrifft, so wird sie überwiegend als vis compulsiva verstanden, wie noch unten zu erörtern ist. Dann aber muß der erste Teil des Satzes etwas anderes bedeuten, eben die Anwendung von vis absoluta.

Die Deutung der unwiderstehlichen Gewalt als vis compulsiva kann nicht angenommen werden, da sie deutlich gegen den klaren Sinn des Gesetzes steht, so daß sie nur eine Deformierung des Begriffes und eine gekünstelte Konstruktion darstellt (420).

c) Die unüberwindliche Furcht.

Der zweite Teil des Art. 10, Nr. 9 wirft erheblich größere Probleme auf (421). Zunächst ist nicht einmal klar, was das Gesetz mit dem Wort "Furcht" (auf spanisch "miedo") meint, denn sie weist auf ein breites Spektrum von Erscheinungen hin (422). So nennt z.B. Rodríguez Devesa (423) folgende Stufen: Furcht,

---

420) In diesem Sinn auch Rivacoba, El principio de culpabilidad, S. 104.

421) Diese Bestimmung entspricht, auch wenn nicht ganz dem Art. 8, Nr. 10 des spanischen StGB. Der Unterschied zwischen beiden Vorschriften liegt darin, daß die letztere durch ein objektives Merkmal eingeschränkt wird: "unüberwindliche Furcht vor einem gleichen oder größeren Übel". Von dieser Objektivierung der Furcht hat das chilenische StGB abgesehen.

422) Mit Recht hat ein Mitglied der Ausarbeitungskommission Bedenken gegen die Anwendung dieses Wortes geäußert, weil es zu vage, relativ und unbestimmt sei (vgl. Actas, Sitzung 7).

423) Vgl. Derecho penal, Parte general, Bd. I, S. 548.

Angst, Schrecken, Entsetzen, Grauen, Panik (auf spanisch: temor, terror, espanto, horror, pavor, pánico). Die Furcht kann manchmal so intensiv sein, daß derjenige, der sie empfindet, unfähig zum Handeln wird; er ist wie gelähmt. Sie kann aber auch eine momentane geistige Verwirrung (trastorno mental transitorio) hervorrufen. In beiden Fällen ist klar, daß die Furcht, die sich auf diese Weisen manifestiert, mit der Entschuldbarkeit nichts zu tun hat, denn im ersten Fall fehlt es schon an der Handlung, und im zweiten ist die Zurechnungsfähigkeit zu verneinen.

Diese Mehrdeutigkeit des Wortes "Furcht" hat sich in der Lehre so ausgewirkt, daß das Wesen und die Funktion dieses Strafbefreiungsgrundes sehr umstritten sind. So wurde er in Spanien vornehmlich von älteren Autoren als Unzurechnungsfähigkeitsgrund verstanden, da sie ihn mit der momentanen geistigen Verwirrung gleichgesetzt haben (424). In neuerer Zeit hat sich die Meinung verbreitet, daß die "unüberwindliche Furcht" im Sinne einer erheblichen Beeinträchtigung der normalen Beschaffenheit der Psyche, die durch die Drohung eines Übels verursacht wird, einen Entschuldigungsgrund darstellt. Hier ist die Beein-

---

424) So z.B. Antón Oneca, Derecho penal, I, S. 280; Cuello Calón, Derecho penal, I, S. 517; Groizard, El Código penal, I, S. 263; Pacheco, El Código penal, I, S. 171-2; Sánchez Tejerina, Derecho penal, I, S. 304. Diese Auffassung ist auch von der Rechtsprechung vertreten worden; so z.B. die Entscheidung des Tribunal Supremo vom 21.1.1935; auch die vom 12.3.1941 und die vom 20.3.1958.

trächtigung der psychischen Funktionen nicht so, daß der Wille oder der Verstand ausgeschaltet werden, sondern sie äußert sich lediglich als ein Motivationsdruck (425).

Bis zu diesem Punkt kann man die Diskussion über die spanische Vorschrift auf das chilenische Recht ohne weiteres übertragen. Auch in Chile hat das ältere Schrifttum und die Rechtsprechung die unüberwindliche Furcht als einen Unzurechnungsfähigkeitsgrund ausgelegt (426). Die h.M. will aber die Unzurechnungsfähigkeit auf die Fälle beschränken, in denen die Furcht nicht mehr als die normale Reaktion auf eine drohende Gefahr verstanden werden kann, vielmehr eine pathologische Überreaktion darstellt, die eine krankhafte Verfassung der Psyche (so z.B. bei Neurotikern oder Psychopathen) voraussetzt (427). In den sonstigen Fällen wird die unüberwindliche Furcht als Entschuldigungsgrund verstanden (428). Unter dem Eigenschaftswort "unüberwindlich" ist zu verstehen, daß sich die Furcht bei einem Durchschnittsmenschen gegenüber dem Motiv der Gesetzesgehorsamkeit durchsetzen kann (429).

---

425) Für diese Deutung Córdoba Roda, Comentarios al Código penal; Quintano Ripollés, Curso de Derecho penal, I, S. 320; Rodríguez Devesa, Derecho penal I, S. 549; Sáinz Cantero, La exigibilidad, S. 139

426) So vor allem Raimundo del Río, Derecho penal, S. 1 und die Entscheidung der Corte de Apelaciones von Temuco, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Bd. 61, 4. Teil, S. 24.

427) Vgl. Novoa, a.a.O., S. 603.

428) So Cury, a.a.O., S. 227; Etcheberry, Derecho penal S. 237; Novoa, a.a.O., S. 603; Rivacoba, El principio de culpabilidad, S. 101.

429) Ebenda, S. 602.

Da das chilenische StGB jede Erwähnung des befürchteten Übels vermieden hat, ist dieser Strafbefreiungsgrund rein subjektiver Natur: es ist allein der psychische Zustand der Angst, in dem sich der Täter bei der Begehung einer rechtswidrigen Tat befindet, der eine entschuldigende Wirkung entfaltet. Ob das gefürchtete Übel wirklich vorhanden oder nur eingebildet ist, spielt keine Rolle; allein entscheidend ist die Tatsache der Angst.

Ohne zu verkennen, daß das Strafrecht nach Menschlichkeit streben soll und infolgedessen auf die Unzulänglichkeit und Schwäche des Menschen Rücksicht nehmen muß, scheint jedoch eine so allgemein entschuldigende Funktion der Angst nicht angebracht. So ist z.B. zu bedenken, daß auch der Verbrecher, der von der Polizei verfolgt wird, aus lauter Angst von einer Feuerwaffe Gebrauch machen und einen Polizisten niederschießen kann. Hier ist aber eine Berufung auf Art. 10, Nr. 9, 2. Teil selbstverständlich ausgeschlossen. Andererseits sollte diese Vorschrift ängstlichen und kleinmütigen Menschen auch nicht zugute kommen, denn das hieße den Kleinmut und die Verzagtheit zu privilegieren. Ferner ist noch auf die Schwierigkeiten hinzuweisen, mit denen der Beweis eines psychischen Vorgangs wie der Angst verbunden ist.

Nun haben manche Autoren angesichts der Nichtberücksichtigung des entschuldigenden Notstandes im chilenischen StGB vorgeschlagen, diese Fälle durch die Anwendung des Entschuldigungsgrundes der unüberwind-

lichen Furcht zu lösen (430). Diese Möglichkeit scheint auf den ersten Blick einleuchtender als der Rekurs auf die unwiderstehliche Gewalt. Es liegt in der Tat nahe, die unüberwindliche Furcht und die unwiderstehliche Gewalt als entgegengesetzt zu sehen, da beide in der gleichen Vorschrift und im gleichen Satz vorkommen. Furcht wäre somit die Folge der Anwendung einer Art von Gewalt, die nicht oder nicht nur auf den Körper, sondern hauptsächlich "auf die Seele" geübt wird (vis compulsiva), um den Motivationsprozeß beim Opfer zu beeinflussen (431). So könnte man eventuell aus dieser Vorschrift die Erscheinung des Nötigungsnotstands (spanisch: "coacción") konstruieren. Es ist aber wohl denkbar, daß der Genötigte wegen seiner großen Geistesgegenwart dabei keine Furcht empfindet, oder mindestens keine, die unüberwindlich ist. Wenn er im Sinne des Nötigenden handelt, dann tut er es mit kühler Überlegung und aufgrund einer rationalen Abwägung zwischen dem drohenden Übel und der Notwendigkeit, die abgenötigte Straftat zu begehen, um das Übel zu vermeiden. Ist das aber so, dann kann sich der Täter auf den Art. 10, Nr. 9, 2. Teil nicht berufen, da diese Vorschrift die Furcht als solche exkulpiert. Deshalb sagt mit Recht Rivacoba, daß sich Furcht und Not wesentlich unterscheiden und völlig voneinander unabhängig seien (432). Auch Novoa

---

430) So Cury, a.a.O., S. 229; Etcheberry, Derecho penal, S. 185, und Novoa, a.a.O., S. 603-4.

431) So die Rechtsprechung in der Entscheidung der Corte de Apelaciones de Valparaíso, Gaceta de los Tribunales, 1914, S. 1334; auch Corte de Apelaciones von Santiago, Gaceta, 1950, Heft 2, S. 551.

432) El principio de culpabilidad, S. 104.

gibt zu, daß die unüberwindliche Furcht nur gewisse Fälle des entschuldigenden Notstandes decke, der Rest aber weiterhin ungelöst bleibe (433).

Abgesehen davon, daß die Angst beim Notstand in der Regel doch eine große Rolle spielen kann, läßt sich der entschuldigende Notstand kaum aus einer Vorschrift konstruieren, die lediglich den seelischen Zustand des Täters berücksichtigt und absolut keine objektiven Voraussetzungen enthält, seien sie auch nur in der Einbildung des Täters vorhanden. Hier müßte also eine Konstruktion "ex nihilo" unternommen werden. Aus diesem Grund ist auch die unüberwindliche Furcht m.E. nur eine sehr unzulängliche Abhilfe des entschuldigenden Notstandes.

3. Der entschuldigende Notstand in den Gesetzesentwürfen

Von den vier Gesetzesentwürfen zur Reform des chilenischen StGB (434) enthalten drei Vorschriften, die sich auf den entschuldigenden Notstand beziehen, ohne ihn beim Namen zu nennen. So ist z.B. im Entwurf von Ortiz Muñoz - von Böhlen (1929) die folgende Bestimmung zu finden:

---

433) a.a.O., S. 604.

434) Die vier Entwürfe sind: Der Entwurf Erazo - Fontecilla (1929), der Entwurf Ortiz Muñoz - von Bohlen (1929), der Entwurf Silva - Labatut (1938) und der Entwurf des Justizministeriums (1946).

"Art. 24: Notstand. - Im Notstand handelt derjenige, der eine strafbare Tat begeht, um in eigenem oder fremdem Interesse die Gefahr eines erheblichen Übels zu vermeiden, unter der Bedingung, daß die Gefahr gegenwärtig und nicht anders abwendbar ist, und daß man angesichts der Tatumstände den Täter vernünftigerweise nicht als verpflichtet betrachten kann, das drohende Übel zu bestehen.

Wenn das zu vermeidende Übel unverhältnismäßig größer ist als das von der begangenen Tat verursachte, handelt der Täter rechtmäßig; sonst handelt der Täter rechtswidrig aber nicht strafbar."

Der letzte Satz von Abs. 2 ist ohne Zweifel als entschuldigender Notstand zu verstehen, die Terminologie, die dafür verwendet wird, ist aber mangelhaft. Ebenfalls kritisierbar ist die bloße Erwähnung der Verhältnismäßigkeit, um zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand zu unterscheiden. Deshalb scheint dieser gesetzliche Vorschlag zu unbestimmt.

Im Entwurf von Silva - Labatut (1938) sind der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand in einer einzigen Vorschrift zusammengefaßt:

"Art. 20: Von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit sind ausgeschlossen: ... 8) Derjenige, der aus Not das Recht eines anderen verletzt oder sich einer Unterlassung schuldig macht, unter der Bedingung, daß der verursachte Schaden gleich oder geringer ist als der, den es zu vermeiden gilt, und daß folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Vorhandensein oder dringliche Gefahr eines Übels, das der Täter zu bestehen nicht verpflichtet ist.
2. Rationale Unmöglichkeit, es auf eine andere Weise zu beseitigen.
3. Unverschuldetsein des Notstandes durch den Täter."

Hier wird die Notstandshandlung nur dann entschuldigt, wenn der verursachte Schaden nicht schwerer wiegt als der abzuwendende Schaden, nicht aber, wenn der letztere geringer ist. Dies scheint etwas zu eng. Außerdem gibt es weder in bezug auf die notstandsfähigen Güter noch in bezug auf die schutzfähigen Personen eine Beschränkung, was vom Gesichtspunkt der heutigen Strafrechtsdogmatik aus unangebracht ist, weil dies dem Wesen der Entschuldigungsgründe nicht entspricht.

Der Entwurf vom Jahre 1946, der von einer Sonderkommission des Justizministeriums bearbeitet wurde, ist nicht viel besser. Dieser Entwurf enthält den rechtfertigenden und den entschuldigenden Notstand in zwei verschiedenen Vorschriften. Den letzteren regelt Art. 11, Nr. 4 folgendermaßen:

"Art. 11: Von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit sind ausgeschlossen: ... 4) Derjenige, der unter dem Zwang der Drohung eines erheblichen und dringlichen unüberwindlichen Übels handelt, das zu bestehen er nicht verpflichtet ist."

Diese Vorschrift ist der gleichen Kritik zu unterziehen, die gegen die beiden oben genannten gerichtet wurde: zu allgemein und zu unbestimmt.

4. Vorschlag einer gesetzlichen Regelung des entschuldigenden Notstandes

Aufgrund der unbefriedigenden Lösungen, die von der Lehre ausgehen, und der Ungenauigkeit und Unzulänglichkeit der Regelung des entschuldigenden Notstandes in den gesetzlichen Entwürfen, wird hier eine Formulierung für die gesetzliche Regelung dieses Entschuldigungsgrundes vorgeschlagen. Dieser Vorschlag beruht auf den im zweiten Kapitel entwickelten dogmatischen Grundsätzen, die sich vornehmlich aus der Diskussion um den §35 des deutschen StGB ergeben.

Die hier vorgeschlagene Formulierung ist die folgende:

"Entschuldigender Notstand:

Die rechtswidrige Tat ist entschuldbar, wenn sie zur Abwendung einer gegenwärtigen und erheblichen Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit, sei es des Täters selbst oder einer mit ihm durch Verwandtschaft oder Freundschaft verbundenen Person, begangen wurde, soweit sie zur Gefahrabwendung erforderlich ist und ein anderes Verhalten des Täters unter den gegebenen Umständen verständlicherweise nicht erwartet werden konnte. Der durch die Nottat verursachte Schaden darf nicht außer Verhältnis zur drohenden Gefahr stehen.

Von dieser Vorschrift ausgeschlossen sind die Fälle, in denen der Täter selbst die Notlage verschuldet hat, und ferner diejenigen, in denen den Täter eine Rechtspflicht trifft, die Gefahr zu bestehen."

APPENDIX

Außerdeutsche Bestimmungen über den entschuldigenden Notstand

Argentinisches StGB (1921)

Art. 34, Nr. 2: "Strafbar ist nicht: ... Wer unter Zwang durch unwiderstehliche körperliche Gewalt oder durch Bedrohung mit einem schweren und nahe bevorstehenden Übel handelt".

Art. 35 (Fahrlässiger Exzeß): "Derjenige, der die durch das Gesetz, den obrigkeitlichen Befehl oder die Notwendigkeit gebotenen Grenzen fahrlässig überschreitet, wird gemäß Fahrlässigkeitstrafe bestraft".

Belgisches StGB (1867)

Art. 71: "Weder Verbrechen noch Vergehen ist gegeben, wenn der Täter durch eine Gewalt gezwungen wurde, der er nicht widerstehen konnte".

Bolivianisches StGB (1972)

Art. 3: "Strafausschließende Umstände liegen vor: ... Wenn der Täter durch Zwang oder Bedrohung mit einem schweren und nahe bevorstehenden Übel zum freien Handeln unfähig geworden ist".

Brasilianisches StGB (1969)

Art. 25:"Entschuldigt ist, wer, um ein Recht seiner selbst oder einer anderen Person, mit der er durch Verwandtschaft oder Zuneigung eng verbunden ist, vor einer wirklichen und gegenwärtigen Gefahr zu schützen, die er nicht verursacht hat und die nicht anders abgewendet werden konnte, ein fremdes Recht verletzt, auch wenn dieses höher als das geschützte ist. Das gilt nur soweit ein anddres Verhalten vom Täter vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte".

Französisches StGB (1810)

Art. 64: "Weder Verbrechen noch Vergehen ist gegeben, wenn der Täter durch eine Gewalt gezwungen wurde, der er nicht widerstehen konnte".

Griechisches StGB (1950)

Art. 32:"Die Tat wird dem Täter nicht zugerechnet, wenn er sie begeht, um eine unverschuldete, gegenwärtige und auf andere Weise nicht abwendbare Gefahr für die eigene Person oder das Vermögen, oder für seine Verwandten gerader Linie, Geschwister und Ehegatten abzuwenden, wenn der verursachte Schaden nach Art und Wert dem drohenden entspricht.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf denjenigen, welcher die Pflicht hat, sich der drohenden Gefahr auszusetzen."

Die Vorschrift des Art. 23 wird hier entsprechend angewendet (Art. 23: "Wer die Grenzen der Notwehr überschreitet, wird im Falle der vorsätzlichen Überschreitung mit geminderter Strafe und im Falle der fahrlässigen Überschreitung nach den Vorschriften über die Fahrlässigkeit bestraft. Er wird jedoch nicht bestraft, d.h. die Überschreitung wird ihm nicht zugerechnet, wenn er in durch den Angriff hervorgerufener Furcht oder Bestürzung gehandelt hat)".

Holländisches StGB (1881)

Art. 40: "Nicht strafbar ist, wer eine Tat begeht, zu der er durch einen übermächtigen Einfluß gedrängt wird".

Italienisches StGB (1931)

Art. 54: "Straflos bleibt, wer die Tat begangen hat, weil er dazu durch die Notwendigkeit gezwungen war, sich oder andere aus der gegenwärtigen Gefahr eines schweren Nachteils für die Person zu retten, ohne daß er die Gefahr willentlich verursacht hatte, noch diese auf andere Weise abwendbar gewesen war, vorausgesetzt, daß die Tat im Verhältnis zu der Gefahr steht.

Diese Bestimmung wird nicht auf denjenigen angewendet, der eine besondere Rechtspflicht hat, sich der Gefahr auszusetzen.

Die Bestimmung des Absatzes 1 dieses Artikels wird auch dann angewendet, wenn der Notstand durch die Drohung eines anderen hervorgerufen ist; doch ist in diesem Fall derjenige für die von dem Bedrohten begangene Tat verantwortlich, der ihn dazu gezwungen hat".

Art. 55 (Fahrlässiger Exzeß): "Sind bei der Begehung einer der in den Artikel 51, 52, 53 und 54 umschriebenen Taten die durch das Gesetz oder den obrigkeitlichen Befehl bestimmten oder durch die Notwendigkeit gebotenen Grenzen fahrlässig überschritten worden, so werden die Bestimmungen über das fahrlässige Verbrechen angewendet, wenn die Tat vom Gesetz als fahrlässiges Verbrechen unter Strafe gestellt ist".

Mexikanisches StGB (1931)

Art. 15: "Die Umstände, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausschließen sind:

IV) Die Notwendigkeit, seine eigene Person oder Güter oder die Person oder die Güter eines anderen vor einer tatsächlichen, schweren und nahe bevorstehenden Gefahr zu schützen, vorausgesetzt, daß es kein anderes ausführbares und weniger schädliches Mittel gibt. Das gilt nicht für denjenigen, den wegen seines Berufes oder seiner Stellung die Pflicht trifft, die Gefahr hinzunehmen".

Muster eines StGB für Lateinamerika (1973)

Art. 30: "Ohne Schuld handelt, wer eine rechtswidrige Tat begeht, um ein gegenwärtiges oder nahe bevorstehendes und nicht anders abwendbares Übel abzuwenden. Das gilt nicht, soweit die Tat vernünftigerweise außer Verhältnis zum abzuwendenden Nachteil erscheint".

Österreichisches StGB (1974)

§10: "Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um einen unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteil von sich oder einem anderen abzuwenden, ist entschuldigt, wenn der aus der Tat drohende Schaden nicht unverhältnismäßig schwerer wiegt als der Nachteil, den sie abwenden soll, und in der Lage des Täters von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen kein anderes Verhalten zu erwarten war.

Der Täter ist nicht entschuldigt, wenn er sich der Gefahr ohne einen von der Rechtsordnung anerkannten Grund bewußt ausgesetzt hat. Der Täter ist wegen fahrlässiger Begehung zu bestrafen, wenn er die Voraussetzungen, unter denen seine Handlung entschuldigt wäre, in einem Irrtum angenommen hat, der auf Fahrlässigkeit beruhte und die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht ist".

Peruanisches StGB (1924)

Art. 85: "Von der Strafe sind ausgeschlossen:

3) Derjenige, der aus der Notwendigkeit handelt, sich vor einer nahe bevorstehenden und nicht anders abwendbaren Gefahr zu schützen, wenn nach den Umständen, unter denen er die Tat begangen hat, die Gefahrhinnahme dem Täter vernünftigerweise nicht zuzumuten war".

Schweizerisches StGB (1937)

Art. 34: 1) "Die Tat, die Jemand begeht, um sein Gut, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist straflos, wenn die Gefahr vom Täter nicht verschuldet ist und ihm den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben.

Ist die Gefahr vom Täter verschuldet, oder konnte ihm den Umständen nach zugemutet werden, das gefährdete Gut preiszugeben, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen.

2) Die Tat, die Jemand begeht, um das Gut eines anderen, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist straflos. Konnte der Täter erkennen, daß dem Gefährdeten die Preisgabe des gefährdeten Gutes zuzumutbar war, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen".

Spanisches StGB (1944)

Art. 8: "Von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit sind ausgeschlossen:

Nr. 7: Derjenige, der durch einen Notstand bewogen, ein Rechtsgut eines anderen oder eine Pflicht verletzt, um einen Nachteil von sich selbst oder einem anderen abzuwenden, vorausgesetzt, daß folgende Bedingungen erfüllt werden:

1) Der verursachte Schaden darf nicht größer sein als der Nachteil, den es abzuwenden gilt.

2) Die Notstandslage darf nicht vom Täter vorsätzlich herbeigeführt werden.

3) Der Bedrohte darf nicht wegen seines Amtes oder seiner Stellung die Pflicht haben, die Gefahr hinzunehmen".

LITERATURVERZEICHNIS

1. ACHENBACH, Hans: Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre. Berlin, 1974.

2. derselbe: Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht (in JR, 1975, S. 492 ff.)

3. ANTOLISEI, Francesco: Manual de Derecho penal, Parte general, (spanische Übersetzung). Buenos Aires, 1960.

4. ANTÓN ONECA, José: Derecho penal, Parte general. Madrid, 1949.

5. BACIGALUPO, Enrique: Lineamientos de la teoria del delito. Buenos Aires, 1974.

6. BARATTA, Alessandro: Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Milano, 1963.

7. BAUMANN, Jürgen: Grundbegriffe und System des Strafrechts, 4. Aufl., Stuttgart 1972.

8. derselbe: Strafrecht, Allg. Teil, 7. Aufl. Bielefeld, 1975.

9. derselbe: Schuld und Verantwortung (in JZ, 1962, S. 41 ff.)

10. BELING, Ernst: Grundzüge des Strafrechts, 8/9 Aufl. Tübingen, 1925.

11. derselbe: Unschuld, Schuld und Schuldstufen, Leipzig, 1910.

12. BELLAVISTA, Girolamo: Il problema della colpevolezza (in Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo, vol. XIX, 1944).

13. BERNER, A. F.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 15. Aufl., Leipzig, 1888.

14. BETTIOL, Giuseppe: Derecho penal, Parte general, (spanische Übersetzung der 4. Aufl.), Bogotá, 1965.

15. derselbe Il problema penale, Palermo, 1949.

16. BINDING, Karl: Handbuch des Strafrechts, Bd. I. Leipzig, 1885.

17. BLEI, Hermann: Strafrecht, Allg. Teil (begr. von E. Mezger), München 1977.

18. derselbe Zumutbarkeit und Vorverhalten beim entschuldigenden Notstand (in JA, 1975, S. 307 ff.)

19. BOCKELMANN, Paul: Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. München, 1975.

20. derselbe Zur Schuldlehre des OGH (in ZStW, Bd. 63 (1951), S. 13 ff.).

21. derselbe Hegels Notstandslehre. Berlin, 1935.

22. Chilenische Entwürfe zur Reform des StGB:
- Proyecto Enzo - Fontecilla (1929)
- Proyecto Ortiz Muñoz - von Bohlen (1929)
- Proyecto Silva - Labatut (1938)
- Proyecto del Ministerio de Justicia (1946)

23. CÓRDOBA RODA, Juan - RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Comentarios al Código penal, Bd. I. Barcelona, 1972.

24. COUSIÑO MAC IVER, Luis: Derecho penal chileno, Bd. I. Santiago de Chile, 1975.

25. CUELLO CALÓN, Eugenio: Derecho penal, Parte general, 13. Aufl. Barcelona, 1960.

26. CURY URZÚA, Enrique: Orientación para el estudio de la teoría del delito. Valparaíso (Chile), 1969.

27. DE MIGUEL GARCILÓPEZ, Adolfo: Panorama de la culpabilidad en la dogmática contemporánea (in Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Madrid, 1952, Enero-Abril, S. 45 ff.).

28. DEL RÍO, Raimundo: Derecho penal, Bd. II. Santiago de Chile, 1935.

29. DEL ROSAL, Juan: Derecho penal español, 3. Aufl. Madrid, 1960.

30. derselbe — Tratado de Derecho penal, Parte general. Madrid, 1969.

31. Deutsche Entwürfe zur Strafrechtsreform:
- Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung (mit Begründung). Veröffentlicht vom Bundesjustizministerium, Bonn, 1958.
- Entwurf eines Strafgesetzbuches (mit Begründung). Bundesratsvorlage, 196
- Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1969.

32. DÍAZ PALOS, Fernando: Culpabilidad jurídico-penal (in Nueva Enciclopedia Jurídica, Bd. VI, Barcelona, 1954, S. 128 ff.).

33. derselbe: Estado de necesidad (ebenda, Bd. VIII, S. 904 ff.).

34. DREHER, Eduard: Strafgesetzbuch Kommentar, 36. Aufl. München, 1976.

35. DROST, --: Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten (in GA, 1933, S. 175 ff.).

36. ENGISCH, Karl: Einführung in das juristische Denken, 6. Aufl. Stuttgart, 1975.

37. derselbe: Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung. Stuttgart, 1948.

38. derselbe: Der rechtsfreie Raum (in ZStaatsW, Bd. 108 (1952), S. 385 ff.).

39. derselbe: Strafrechtliche Schuldlehre, Mannheim, 1928.

40. derselbe: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit in Strafrecht. Berlin, 1930.

41. ESER, Albin: Strafrecht, Bd. I, 2. Aufl. München, 1976; Bd. III, München, 1978.

42. derselbe: Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch in rechtlicher Sicht (in Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe) Köln, 1977.

43. ETCHEBERRY, Alfredo: Derecho penal, Parte general, 2. Aufl. Santiago de Chile, 1976.

44. derselbe — El Derecho penal en la Jurisprudencia, Bd. I u. II. Concepción (Chile) 1960.

45. FONTÁN BALESTRA, Carlos: Derecho penal, 3. Aufl. Buenos Aires, 1957.

46. derselbe — Tratado de Derecho penal, Parte general, Bd. II. Buenos Aires, 1966.

47. FONTECILLA RIQUELME, Rafael: Los problemas jurídicos de las causas supralegales en materi penal (in Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, Bu Aires, 1964, S. 662 ff.).

48. FORIERS, Paul: De l'état de nécessité en Droit pénal Bruxelles, 1951.

49. FRANK, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl. Tübingen, 1931.

50. derselbe — Über den Aufbau des Schuldbegriffes (in Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts Jubiläum, Giessen, 1907, S. 521 ff.)

51. FREUDENTHAL, Berthold: Schuld und Vorwurf im geltende Strafrecht. Tübingen, 1922.

52. FRÍAS CABALLERO, Jorge: Notas sobre la teoría normati de la culpabilidad (in Temas de Dere cho penal, Buenos Aires, 1970, S. 93 ff.).

53. FUENSALIDA, Alejandro: Concordancias y comentarios del Código penal chileno. Lima, 1883.

54. GALLAS, Wilhelm: Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund (in Festschrift für Edmund Mezger, München, 1954, S. 311 ff.).

55. derselbe: Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen (in Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin, 1968, S. 19 ff.).

56. GARÇON, Émile: Code pénal annoté, Bd. I, Paris, 1952.

57. GEILEN, Gerd: Euthanasie und Selbstbestimmung. Tübingen, 1975.

58. GERMANN, O. A.: Das Verbrechen im neuen Strafrecht. Zürich, 1942.

59. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Der Notstand: ein Rechtswidrigkeitsproblem (in Festschrift für Hans Welzel, Berlin, 1974, S. 485 ff.).

60. GRÜNHUT, Max: Grenzen des übergesetzlichen Notstandes (in ZStW, Bd. 51 (1931), S. 455 ff.).

61. GOLDSCHMIDT, James: Der Notstand, ein Schuldproblem (Sonderabdruck aus der Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht, 1913, 3. u. 4. Heft). Wien, 1913.

62. derselbe: Normativer Schuldbegriff (in Festschrift für Reinhard Frank, Bd. I, Tübingen, 1930, S. 428 ff.).

63. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro: El Código penal de 1870, concordado y comentado, 3. Aufl., Bd. I. Madrid, 1912.

64. HAFTER, Ernst: Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allg. Teil, 2. Aufl. Bern, 1946.

65. HANACK, E.W.: Euthanasie in strafrechtlicher Sicht (in Euthanasie - Probleme der Sterbehilfe. Eine interdisziplinäre Stellungnahme. Herausgegeben von Hans-Dieter Hiersche, München, 1975, S. 121 ff.).

66. HENKEL, Heinrich: Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht. München, 1932.

67. derselbe Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip (in Festschrift für Edmund Mezger, München, 1954, S. 249 ff.).

68. HEINITZ, Ernst: Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit (in Festschrift für Reinhard Frank, Bd. I, Tübingen, 1930, S. 266 ff.).

69. VON HIPPEL, Robert: Deutsches Strafrecht, Bd. II. Berlin, 1930.

70. HORSTKOTTE, --: Referat über den entschuldigenden Notstand in der 92. Sitzung des Sonderausschußes für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, Protokolle, Bd. V, S. 1839 ff.

71. JESCHECK, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts, Al Teil, 3. Aufl. Berlin, 1978.

72. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: La ley y el delito, 5. Aufl. Buenos Aires, 1967.

73. derselbe Tratado de Derecho penal, Bd. VII. Buenos Aires, 1970.

74. KAUFMANN, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Göttingen, 1959.

75. KAUFMANN, Arthur: Das Schuldprinzip, 2. Aufl. Heidelberg, 1976.

76. derselbe: Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung (in Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe, 1972, S. 327 ff.).

77. KERN, Eduard: Grade der Rechtswidrigkeit (in ZStW, Bd. 64 (1952), S. 255 ff.).

78. KLEFISCH, Th.: Die nat.-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre (in MDR, 1950, S. 258 ff.).

79. KOHLRAUSCH, Eduard - LANGE, Richard: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 43. Aufl. Berlin, 1961.

80. KREY, Volker: Strafrecht, Bes. Teil, Bd. I, 3. Aufl. Stuttgart, 1976.

81. KÜPER, Wilfried: Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung (in JuS, 1971, Heft 9, S. 474 ff.).

82. LABATUT GLENA, Gustavo: Derecho penal, Parte general, 4. Aufl. Santiago de Chile, 1963.

83. LACKNER, Karl: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 10. Aufl. München, 1976.

84. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (begründet von Ebermayer, Lobe und Rosenberg), 6. Aufl. (1944); 7. Aufl. (1954); 8. Aufl. (1957/1958), u. 9. Aufl., herausgegeben von Baldus und Willms (1974).

85. LENCKNER, Theodor: Der rechtfertigende Notstand, Tübingen, 1965.

86. derselbe — Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit (in Göppinger-Witter, Handbuch der forensichen Psychiatrie, Bd. I, Berlin, 1972, S. 3 ff.).

87. LEUKAUF, O. - STEININGER, H.: Kommentar zum Strafgesetzbuch. Eisenstadt, 1974.

88. LISZT, Franz von - SCHMIDT, Eberhard: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl. Berlin, 1932.

89. MAGGIORE, Giuseppe: Principii di diritto penale, Parte generale, Bd. I, 3. Aufl. Bologna, 1939.

90. MAIHOFER, Werner: Der Unrechtsvorwurf - Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre (in Festschrift für Theodor Rittler, Innsbruck, 1957, S. 141 ff.).

91. MANGAKIS, Georgios: Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts (in ZStW, Bd. 84 (1972), S. 447 ff.).

92. MANZINI, Vincenzo: Trattato di diritto penale italiano, Parte generale, Bd. II. Torino, 193

93. MAURACH, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl. Karlsruhe, 1971 (5. Aufl. Maurach-Zipf, 1977).

94. derselbe — Kritik der Notstandslehre, Berlin, 1935.

95. MAYER, Hellmuth: Strafrecht, Allg. Teil (Studienbuch). Stuttgart, 1967.

96. derselbe Strafrecht, Allg. Teil (Lehrbuch). Stuttgart, 1953.

97. MAYER, M.E.: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. Heidelberg, 1923.

98. derselbe Filosofía del Derecho (spanische Übersetzung der 2. Aufl., 1926). Barcelona, 1937.

99. MESSINA, Salvatore: Presupuestos metódicos del concepto de culpabilidad (spanische Übersetzung) (in Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Madrid, 1959, S. 521 ff.).

100. MEZGER, Edmund: Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl. Berlin, 1949.

101. derselbe Strafrecht, Allg. Teil (Studienbuch), 8. Aufl. München, 1958.

102. MOLARI, Alfredo: Profili dello stato di necessità. Padova, 1964.

103. MUSOTTO, Giovanni: Colpevolezza, dolo e colpa. Palermo, 1939.

104. NAGLER, Johannes: Der Begriff der Rechtswidrigkeit (in Festschrift für Frank, Bd. I, Tübingen, 1930, S. 339 ff.).

105. NOLL, Peter: Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht (in ZStW, Bd. 68 (1956), S. 181 ff.).

106. NOWAKOWSKI, Friedrich: Das Ausmass der Schuld (in SchwZSt, 1950, S. 301 ff.).

107. NOVOA MONREAL, Eduardo: Curso de Derecho penal chileno. Santiago de Chile, 1960.

108. NÚÑEZ, Ricardo C.: Derecho penal argentino, Parte general. Buenos Aires, 1960.

109. derselbe Manual de Derecho penal, Parte general. Córdoba, 1972.

110. derselbe La culpabilidad en el Código penal. Buenos Aires, 1946.

111. NUVOLONE, Pietro: Il sistema del Diritto penale. Padova, 1975.

112. derselbe La concezione giuridica italiana della colpevolezza (in Rivista italiana di Diritto e Procedura penale, Anno XIX, Gennaio-Marzo, 1976, S. 3 ff.).

113. OETKER, Friedrich: Notwehr und Notstand (in Frank-Festgabe, Bd. I, Tübingen, 1930, S. 359 ff.).

114. derselbe Der Notstand (in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Bd. Berlin, 1908, S. 328 ff.).

115. OLSHAUSEN, Justus von: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. I, 10 Aufl. Berlin, 1918.

116. ORTIZ MUÑOZ, Pedro: Nociones generales de Derecho penal. Santiago de Chile, 1933.

117. PACHECO, Joaquín Francisco: El Código penal concordado y comentado, 5. Aufl. Madrid, 1881.

118. PEREDA, Julián, S.J.: El concepto normativo de la culpabilidad (in Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Madrid, Enero-Abril, 1949, S. 21 ff.).

119. PETERS, Karl: Die Tötung von Menschen in Notsituationen (in JR, 1950, S. 742 ff.).

120. derselbe Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen (in JR, 1949, S. 496 ff.).

121. PETTERS, W. - PREISENDANZ, H.: Strafgesetzbuch. 28 Aufl. Berlin, 1974.

122. PETROCELLI, Biagio: La colpevolezza, 3. Aufl. Padova, 1962.

123. POLITOFF, Sergio: Los elementos subjetivos del tipo penal. Santiago de Chile, 1965.

124. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: Comentarios al Código penal, 2. Aufl. Madrid, 1966.

125. derselbe Compendio de Derecho penal, Parte general. Madrid, 1958.

126. derselbe Curso de Derecho penal, Bd. I. Madrid, 1963.

127. RITTLER, Theodor: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. Allg. Teil, Bd. I, 2. Aufl. Wien, 1954.

128. RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel: La obediencia jerárquica en el Derecho penal. Valparaíso (Chile), 1969.

129. derselbe: El principio de culpabilidad en el Código penal chileno (in Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal, Valparaíso (Chile), 1975, S. 49 - 126).

130. RODRÍGUEZ DEVESA, José María: Derecho penal español, Parte general, 4. Aufl. Madrid, 19

131. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Arturo: La culpabilidad en el Trata de Mezger (in Revista de Derecho público, 1933, S. 110 ff.).

132. RODRÍGUEZ NAVARRO, Manuel: Doctrina penal del Tribun Supremo, Bd. I, 2. Aufl. Madrid, 1

133. ROXIN, Claus: Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien (Festschrift für Heinrich Henkel, B lin, 1974, S. 171 ff.).

134. RUDOLPHI, Hans-Joachim: Ist die Teilnahme an einer U standstat strafbar? (in ZStW, Bd. (1966), S. 67 ff.).

135. SÁINZ CANTERO, Antonio: El desenvolvimiento histórico dogmático del principio de "no exigibilidad" (in Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Madrid, 1960, S. 419 ff.).

136. derselbe: La exigibilidad de conducta adecua a la norma en Derecho penal, Grana 1965.

137. SCARANO, Luigi: La non esigibilità nel Diritto penale. Napoli, 1948.

138. SCHAFFSTEIN, Friedrich: Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund. Leipzig, 1933.

139. derselbe Der Maßstab für das Gefahrurteil beim rechtfertigenden Notstand (in Festschrift für Jürgen Bruns, Köln, 1978, S. 89 ff.).

140. SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 17. Aufl. München, 1974; 18. Aufl. von P. Cramer, A. Eser, Th. Lenckner u. W. Stree, 1976.

141. SCHMIDHÄUSER, Eberhard: Einführung in das Strafrecht. München, 1972.

142. derselbe Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. Tübingen, 1975.

143. SCHMIDT, Eberhard: Das Reichsgericht und der "übergesetzliche Notstand" (in ZStW, Bd. 49 (1929), S. 350 ff.).

144. derselbe Zur Tötung von Geisteskranken auf Grund des Hitlererlasses v. 1939 und zur Frage des ärztlichen Widerstandes gegen ein solches Massenverbrechen (in SJZ, 1949, Sp. 559 ff.).

145. SCHRÖDER, Horst: Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Strafrecht (in SchwZSt, 1960, S. 1 ff.).

146. derselbe Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II (in Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, 1961, S. 290 ff.).

147. SCHUMACHER, Oskar: Um das Wesen der Strafrechtsschuld Berlin, 1927.

148. SIEGERT, Karl: Notstand und Putativnotstand. Tübingen, 1931.

149. SILVELA, Luis: El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, Bd. I. Madrid, 1874.

150. SOLER, Sebastián: Derecho penal argentino, 3. Nachdruck. Buenos Aires, 1956.

151. SPENDEL, Günter: Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund (in Festschrift für Karl Engisch, Frankfurt a.M., 1969, S. 509 ff.).

152. SPILLMANN, Walter: Die Strafausschließungsgründe im schweizerischen Strafgesetzbuch, Dissertation, Zürich, 1963.

153. STRATENWERTH, Günter: Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl Köln, 1976.

154. STREE, Walter, u.a.: Einführung in das neue Strafrecht. München, 1974.

155. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, herausgegeben von Rudolphi, Horn, Samson und Schreiber, Allg. Teil, Bd. 1, 2. Aufl. Frankfurt a.M., 1977.

156. THORMANN, Ph. - VON OVERBECK, A.: Das schweizerische Strafgesetzbuch, Bd. I. Zürich, 1940.

157. WACHINGER, Michael: Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichgerichtes (in Festschrift für Frank, Bd. I, S. 469 ff.).

158. VON WEBER, Hellmuth: Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925. Leipzig, 1925.

159. derselbe Die Pflichtenkollision im Strafrecht (in Festschrift für W. Kiesselbach, Hamburg, 1947, S. 233 ff.).

160. WELZEL, Hans: Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. Berlin, 1969.

161. derselbe Zum Notstandsproblem (in ZStW, Bd. 63 (1951), S. 47 ff.).

162. WESSELS, Johannes: Strafrecht, Allg. Teil, 6. Aufl. Karlsruhe, 1976.

163. WITTIG, Peter: Der übergesetzliche Schuldausschliessungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht (in JZ, 1969, S. 546 ff.).

164. ZAFFARONI, Eugenio R.: Teoría del delito. Buenos Aires, 1973.

L E B E N S L A U F

Ich wurde als zweites Kind des Lehrers Héctor Peña Castro und seiner Frau Fresia Wasaff de Peña am 18. September 1947 in Copiapó (Chile) geboren. Ich besitze die chilenische Staatsbürgerschaft.

Von 1959 bis 1965 habe ich das Mädchengymnasium von Viña del Mar besucht und im Jahre 1966 mein Abitur (mit Wahlfach Geisteswissenschaften) abgelegt und bestanden.

In der Zeit von 1967 bis 1972 habe ich das Studium der Rechte an der Universidäd de Chile in Valparaíso absolviert. Anschließend habe ich die Diplomarbeit über das Thema "Der rechtfertigende Notstand" geschrieben. In September 1974 habe ich das juristische Staatsexamen abgelegt und erhielt dabei die Gesamtnote "Gut".

Anschließend habe ich an den Gerichten von Valparaíso meinen Referendardienst geleistet. In August 1975 bin ich vom Höchstgerichtshof Chiles als Rechtsanwältin zugelassen worden.

Vom WS 1975 bis SS 1979 habe ich an der Universität Tübingen unter der Leitung von Herrn Prof. Dr. Theodor Lenckner promoviert.